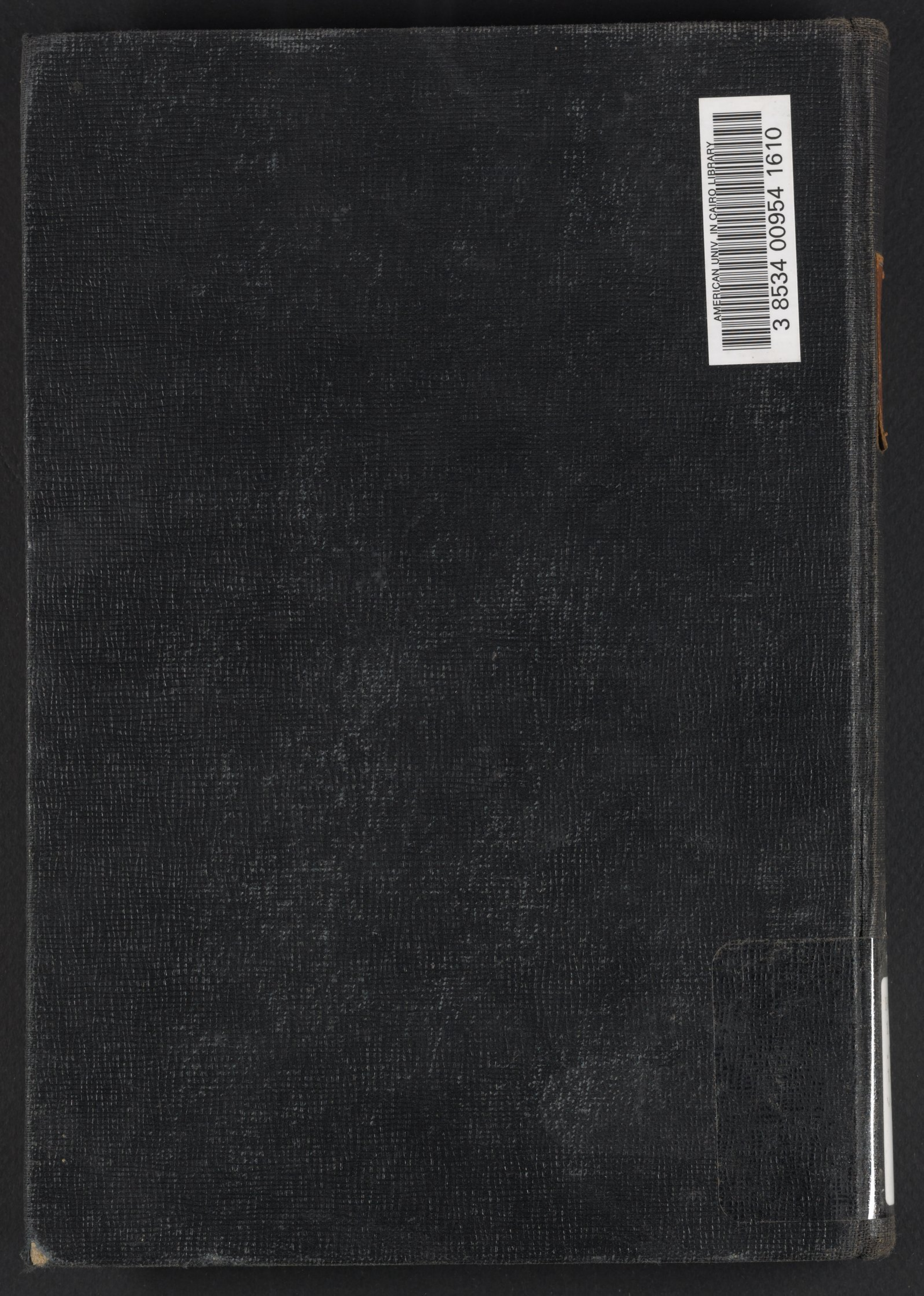
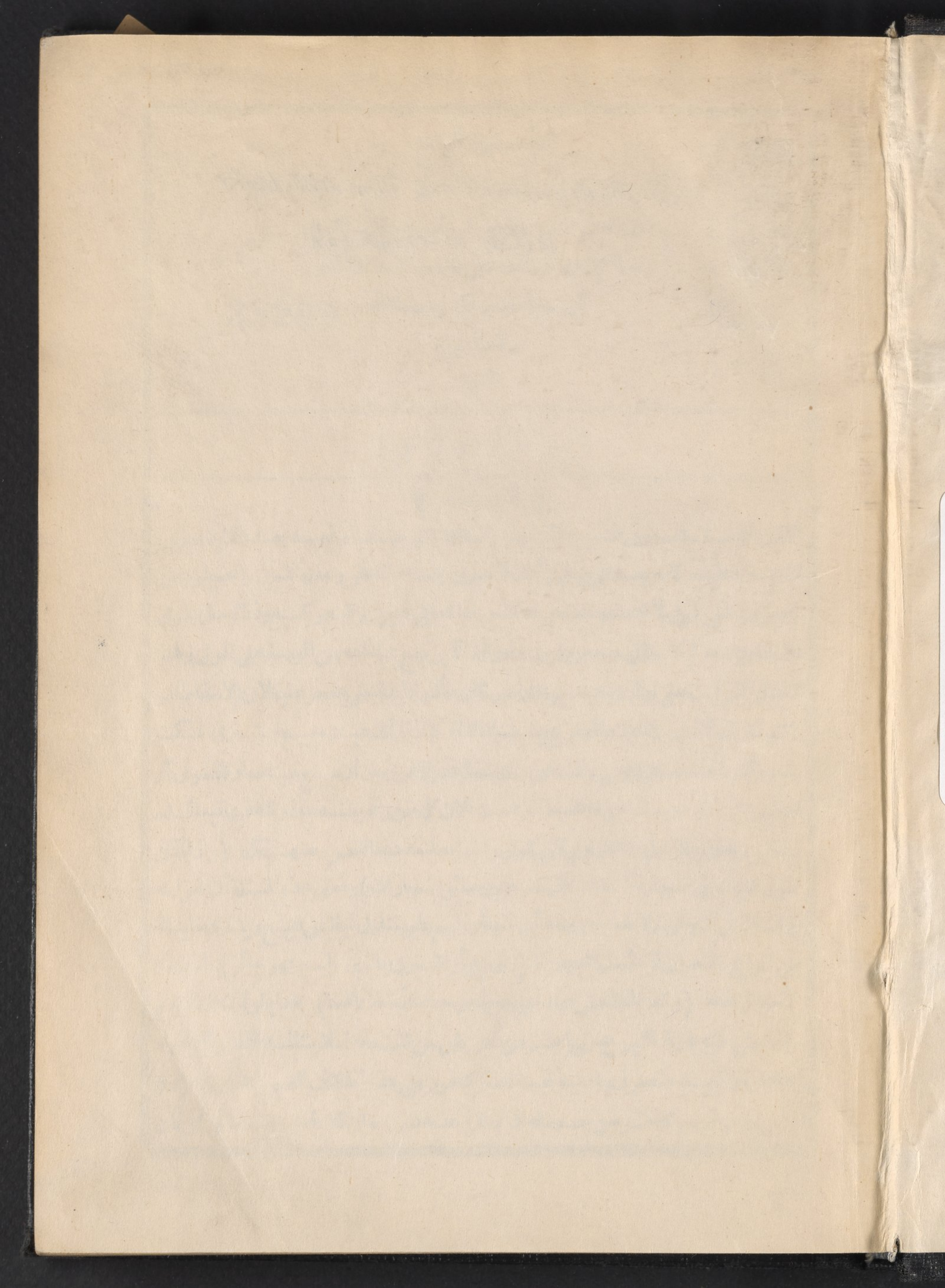

AMERICAN UNIV. IN CAIRO LIBRARY
3 8534 00954 1610





al-Marghinānī, ʿAlī ibn Abī Bakr

kitāb al-hidāyah

الجـزء الرابع

من كتاب الهداية شرح بداية المبتدي تأليف شيخ الاسلام
برهان الدين على بن أبى بكر المرغيناني المتوفى
سنة ٥٩٣ فى الفقه على مذهب الامام الاعظم
أبى حنيفة النعمان رحمهما الله
ونفعنا بهما
آمين

(بسم الله الرحمن الرحيم)

﴿كتاب المأذون﴾

الاذن الاعلام لغة وفى الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقى أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا لتعلق الدين برقبته وكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التوقيت حتى لو أذن لعبده يوما أو شهرا كان مأذونا أبدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا رأى عبده يبيع ويشترى فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لاجنبى باذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال (واذا أذن المولى لعبده فى التجارة اذنا عاما جاز تصرفه فى سائر التجارات) ومعنى هذه المسئلة أن يقول له أذنت لك فى التجارة ولا يقيده ووجهه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشترى ما بدا له من انواع الاعيان لانه أصل التجارة (ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جائز) لتعذر الاحتراز عنه (وكذا بالفاحش عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما) هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن كالهبة وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبى المأذون (ولو حابى فى مرض موته يعتبر من جميع ماله اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقى) لان

الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد واذا كان الدين محيطا بما في يده يقال
للمشتري اد جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر (وله ان يسلم ويقبل السلم) لانه تجارة (وله
ان يوكل بالبيع والشراء) لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال (ويرهن ويرتهن) لانهما من توابع
التجارة فانهما ايفاء واستيفاء (ويملك ان يتقبل الارض ويستأجر الاجراء والبيوت) لان كل
ذلك من صنيع التجار (ويأخذ الارض مزارعة) لان فيه تحصيل الربح (ويشتري طعاما
فيزرعه في ارضه) لانه يقصد به الربح قال عليه السلام الزارع يتاجر ربه (وله ان يشارك
شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها) لانه من عادة التجار (وله ان يؤاجر نفسه
عندنا) خلافا للشافعي رحمه الله وهو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لانها
تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيها الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع
لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة فلا ينحجر به
ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه قال (فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في
جميعها) وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يكون مأذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف
اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية
من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به
كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا
يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته
وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى
عنه يخلفه المالك فيه قال (وان اذن له في شيء بعينه فليس بمأذون) لانه استخدام ومعناه
ان يأمره بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار مأذونا ينسد عليه باب
الاستخدام بخلاف ما اذا قال اد الي الغلة كل شهر كذا او قال اد الي الفا وانت حر لانه طلب منه
المال ولا يحصل الا بالكسب او قال له اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد منه وهو
نوع فيصير مأذونا في الانواع قال (واقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع)
لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا
كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر
بخلاف الاقرار بما يجب من المال بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه قال (وليس له ان
يتزوج) لانه ليس بتجارة (ولا يزوج مماليكه) وقال ابو يوسف رحمه الله يزوج الامة لانه
تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة

ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي قال (ولا يكاتب) لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل فك الحجر فلم يكن تجارة (الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه) لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير قال (ولا يعتق على مال) لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق أولى (ولا يقرض) لانه تبرع محض كالهبة (ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق) لان كل ذلك تبرع صريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال (الا ان يهدي اليسير من الطعام أو يضيف من يطعمه) لانه من ضرورات التجارة استجلابا للقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له أصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن أبي يوسف رحمه الله ان المحجور عليه اذا أعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا أعطاه قوت شهر لانهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة ان تتصدق من منزل زوجها بالشئ اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال (وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار) لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه (وله ان يؤجل في دين وجب له) لانه من عادة التجار قال (وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى) وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له وذلك في تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار وضمان الغصوب والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص)

لتعلق حقهم بالرقبه فصار كتعلقها بالتركة (فان فضل شئ من ديونه طولب به بعد الحرية) لتقرر الدين فى ذمته وعدم وفاء الرقبة به (ولا يباع ثانيا) كيلا يمتنع البيع أو دفعا للضرر عن المشترى (ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة) لان المولى انما يخلفه فى الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ (ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الخلوص له (وله ان يأخذ غلة مثله بعد الدين) لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال (فان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه) لانه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم أكثر أهل سوقه حتى لو حجر عليه فى السوق وليس فيه الا رجل أو رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذى علم بحجره ولو حجر عليه فى بيته بمحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما فى تبليغ الرسالة من الرسل عليهم ويبقى العبد مأذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل الى ان يعلم العزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضى به وانما يشترط الشيوع فى الحجر اذا كان الاذن شائعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه يعلم منه ينحجر لانه لا ضرر فيه قال (ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا عليه) لان الاذن غير لازم وما يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الاصل فلا بد من قيام أهلية الاذن فى حالة البقاء وهى تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته قال (واذا أبق العبد صار محجورا عليه) وقال الشافعى رحمه الله يبقى مأذونا لان الاباق لا ينافى ابتداء الاذن فكذا لا ينافى البقاء وصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضيه دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان لا دلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال (واذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها) خلافا لزفر رحمه الله وهو يعتبر حالة البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة (ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون) لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم قال (واذا استدانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهى مأذون لها على حالها) لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما أيضا والمولى ضامن

لقيمتها لما قررناه فى أم الولد قال (وإذا حجر على المأذون فاقراره جائز فيما فى يده من المال عند أبى حنيفة رحمه الله) ومعناه ان يقر بما فى يده انه امانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه فيقضى مما فى يده وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان كان هو الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره فى حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت فى رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع قال (واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما فى يده ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يملك ما فى يده ويعتق وعليه قيمته) لانه وجد سبب الملك فى كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقها ووطء الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر فى ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى فما ثبت نظرا للعبد وله ان الملك للمولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فرعه واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال (وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه فى قولهم جميعا) اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه قال (وان باع من المولى شيأ بمثل قيمته جاز) لانه كالاجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين يحيط بكسبه (وان باعه بنقصان لم يجز) لانه متهم فى حقه بخلاف ما اذا حابى الاجنبى عند أبى حنيفة رحمه الله لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقالا ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبى بالمحاباة اليسيرة حيث

يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منها متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا فى البيع مع المولى للتهمة غير تبرع فى حق الاجنبى لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبى بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما الا باذن المولى ولا اذن فى البيع مع الاجنبى وهو اذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذان الفرقان على أصلهما قال (وان باعه المولى شيأ بمثل القيمة أو أقل جاز البيع) لان المولى أجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة فى هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل فى كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد ان لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة (فان سلم المبيع اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن) لان حق المولى فى العين من حيث الحبس فلو بقى بعد سقوطه يبقى فى الدين ولا يستوجبه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقا بالعين قال (وان أمسكه فى يده حتى يستوفى الثمن جاز) لان البائع له حق الحبس فى المبيع ولهذا كان أخص به من سائر الغرماء وجاز ان يكون للمولى حق فى الدين اذا كان يتعلق بالعين (ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة أو بنقض البيع) كما بينا فى جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال (واذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز) لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه أتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه (وما بقى من الديون يطالب به بعد العتق) لان الدين فى ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما أتلف ضمانا فبقى الباقى عليه كما كان (فان كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير) لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيأ قال (فان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشترى وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشترى) لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضى المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشترى بالقبض والتغييب فيخيرون فى التضمين (وان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا الثمن) لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما فى المرهون (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء فى العبد) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا قال (ولو كان المولى باعه من

رجل وأعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو الاستسعاء والاستيفاء من رقبته
وفى كل واحد منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثانى ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة
فلهذا كان لهم ان يردوه قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة فى البيع ليس لهم
ان يردوه لوصول حقهم اليهم قال (فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشترى) معناه
اذا أنكر الدين وهذا (عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله المشترى خصمهم
ويقضى لهم بدينهم) وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع
فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله فى مسئلة الشفعة لأبى يوسف
رحمه الله انه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ
العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب قال (ومن قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان
فاشترى وباع لزمه كل شئ من التجارة) لانه ان أخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر
فتصرفه جائز اذ الظاهر ان المحجور يجرى على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل فى
المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس (الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه) لانه لا يقبل قوله فى
الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر وقال هو
مأذون بيع فى الدين لانه ظهر دين فى حق المولى (وان قال هو محجور فالقول قوله) لانه
متمسك بالاصل

﴿فصل﴾ (واذا أذن ولى الصبى للصبى فى التجارة فهو فى البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان
يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) وقال الشافعى رحمه الله لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى
ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولى التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة
وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلاة لانه لا يقام بالولى وكذلك الوصية على أصله
فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء فيتولاه المولى فلا ضرورة ههنا ولنا ان
التصرف المشروع صدر من أهله فى محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره
فى الخلافيات والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولى وبقاء
ولايته لنظر الصبى لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق
لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع
والشراء دائر بين النفع والضرر فجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا
منه على اجازة الولى لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف فى نفسه وذكر الولى فى الكتاب
ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصى والقاضى والوالى بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه

تقليدة القضا والشرطان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد ان ما يثبت فى العبد من الاحكام يثبت فى حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبدا كان أو صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كما فى العبد ويصح اقراره بما فى يده من كسبه وكذا بموروثه فى ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما فى العبد والمعتوه الذى يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبى يصير مأذونا باذن الاب والجد والوصى دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبى والله أعلم

﴿كتاب الغصب﴾

الغصب فى اللغة عبارة عن أخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين أهل اللغة وفى الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال (ومن غصب شيأ له مثل كالمكيل والموزون فهلك فى يده فعليه مثله) وفى بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر قال (فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون) وهذا (عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع) لابى يوسف رحمه الله انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد رحمه الله ان الواجب المثل فى الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابى حنيفة رحمه الله ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضى فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك قال (وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه) معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق فى الجنس فيراعى فى المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددى المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفى البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له قال (وعلى الغاصب رد العين المغصوبة) معناه ما دام قائما لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد وقال عليه السلام لا يحل لاحد ان يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا فان أخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها

عليه فيجب إعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه
قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك
في بعض الاحكام (والواجب الرد في المكان الذي غصبه) لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن
(فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه
ببدلها) لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا
يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى أن يعلم ما يدعيه فاذا علم الهلاك سقط
عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال (والغصب فيما ينقل ويحول) لان الغصب بحقيقته
يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل (واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه) وهذا
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول أبي يوسف رحمه
الله الاول وبه قال الشافعي رحمه الله لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة
اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار
كالمنقول وجحود الوديعة ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا
لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا
بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو
سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال (وما نقصه منه بفعله
أو سكناه ضمنه في قولهم جميعا) لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين
ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر بذلك
والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح
قال (وان انتقص بالزراعة يغرم النقصان) لانه أتلف البعض فيأخذ رأس ماله ويتصدق
بالفضل قال رضي الله عنه (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله
لا يتصدق بالفضل) وسنذكر الوجه من الجانبين قال (واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله
أو بغير فعله ضمنه) وفي أكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن
الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز
عن رده يجب رد القيمة أو يتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب (وان نقص
في يده ضمن النقصان) لانه يدخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد
قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت
الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد أما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد

على ما عرف قال رضى الله عنه ومراده غير الربوى أما الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدى الى الربا قال (ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان) لما بينا (ويتصدق بالغلة) قال رضى الله عنه وهذا عندهما أيضا وعنده لا يتصدق بالغلة وعلى هذا الخلاف اذا آجر المستعير المستعار لابى يوسف رحمه الله أنه حصل فى ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر وكذلك الملك فى المضمون لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب عندنا ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف فى ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث (فلو هلك العبد فى يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة فى أداء الضمان) لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو أدى اليه يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك فى يد المشترى ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة فى أداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشترى الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه فله أن يصرفه الى حاجة نفسه فلو أصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شئ عليه لما ذكرنا قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما) وأصله أن الغاصب أو المودع اذا تصرف فى المغصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابى يوسف رحمه الله وقد مرت الدلائل وجوابهما فى الوديعة أظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف فى ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة أما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله فى الكتاب اشترى بها اشارة الى أن التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها الثمن أما اذا أشار اليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار الى غيرها أو أطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخى رحمه الله لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب فى الجامعين والمبسوط قال (وان اشترى بالالف جارية تساوى ألفين فوهبها أو طعاما فأكله لم يتصدق بشئ) وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل فيما يتغير بفعل الغاصب﴾

قال (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو حديدا

فاتخذه سيفا أو صفرا فعمله آنية) وهذا كله عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك
وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده
لانه يؤدي الى الربا وعند الشافعي رحمه الله يضمنه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يزول ملكه
عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته للشافعي رحمه الله أن العين باق فيبقى
على ملكه وتتبعه الصنعة كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة الغير فطحنت ولا
معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما إذا انعدم الفعل أصلا وصار
كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها ولنا أنه أحدث صنعة متقومة فصير حق المالك
هالكا من وجه ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه
فيترجح على الأصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من
حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل
الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها
استحسان والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر رحمه وهكذا عن أبي حنيفة رحمه
الله رواه الفقيه أبو الليث رحمه الله ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ألا ترى أنه لو وهبه أو
باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها
أطعموها الأسارى أفاد الأمر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل
الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد
ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا أدى البدل يباح له لان حق
المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه به وكذا إذا أدى
بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا
الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير أنه عند أبي يوسف رحمه الله يباح
الانتفاع فيهما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه
من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما وأصله ما تقدم قال (وان غصب
فضة أو ذهبا فضربها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند أبي حنيفة رحمه الله
فيأخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها) لانه أحدث صنعة معتبرة صير
حق المالك هالكا من وجه ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في
المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله ان العين باق من كل وجه ألا ترى ان الاسم

باق ومعناه الاصلى الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى يجرى فيه الربا باعتباره وصلاحيته
لرأس المال من أحكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لانه لاقيمة لها
عند المقابلة بجنسها قال (ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها)
وقال الشافعى للمالك أخذها والوجه من الجانبين قدمناه ووجه آخر لنا فيه ان فيما ذهب اليه
اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة
فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب فى سفينته ثم قال
الكرخى والفقيه أبو جعفر الهندوانى رحمه الله انما لاينقض اذا بنى فى حوالى الساجة اما اذا بنى
على نفس الساجة ينقض لانه متعد فيه وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح قال (ومن ذبح
شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور
وكذا اذا قطع يدهما) هذا هو ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض
الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش فى الثوب ولو
كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود
الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث يأخذه مع أرش المقطوع لان
الآدمى يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف قال (ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه
والثوب لمالكه) لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه (وان خرق خرقا كبيرا يبطل
عامة منافعه فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته) لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه أحرقه قال
رضى الله عنه معناه يترك الثوب عليه وان شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه
من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة
المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض
المنفعة واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا رحمه الله جعل
فى الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع قال (ومن غصب أرضا فغرس فيها
أو بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها) لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك
صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب
فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه (فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك
فللمالك أن يضمن له قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوعا ويكونان له) لان فيه نظرا لهما ودفع
الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لاقرار

له فيه فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر أو بناء لصاحب الارض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال (ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما) وقال الشافعي رحمه الله في الثوب لصاحبه أن يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة بنى فيها لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة بنى فيها الان النقض له بعد النقض اما الصبغ فيتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال أبو عصمة رحمه الله في أصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا تنقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رحمه الله انه ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ

﴿فصل﴾ (ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها) وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يملكها الان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن قال (والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه) لان المالك يدعى الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه (الا أن يقيم المالك البينة باكثر من ذلك) لانه اثبته بالحجة الملزمة قال (فان ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة اقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب) لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث

ادعى هذا المقدار قال (فان كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان
وان شاء أخذ العين ورد العوض) لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة وأخذه دونها
لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه فى هذا الفصل الاخير فكذلك
الجواب فى ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخى رحمه الله انه لا خيار له لانه لم يتم
رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لفوات الرضا قال (ومن غصب عبدا فباعه فضمنه
المالك قيمته فقد جاز بيعه وان أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه) لان ملكه الثابت فيه
ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة ولهذا يظهر فى حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفى
لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال (وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب
أمانة فى يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها اياه)
وقال الشافعى رحمه الله زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب
وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما فى الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت فى يده يكون
مضمونا عليه ولنا ان الغصب اثبات اليد على المال الغير على وجه يزيل يد المالك على ماذكرناه
ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد
لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال فى
الكتابة وذلك بان أتلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه وفى الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك
قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب
الحق وهو الشرع على هذا أكثر مشايخنا رحمهم الله ولو أطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا
يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق
الامن أولى وأحرى قال (وما نقصت الجارية بالولادة فى ضمان الغاصب فان كان فى قيمة الولد
وفاء به انجبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب) وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا ينجبر
النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما فى ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد
أو ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره أو خصى عبد
غيره أو علمه الحرفة فاضناه التعليم ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو
العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة
فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطعت يد المغصوب فى يده وأخذ أرشها
واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الام
وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ الولادة لا تفضى اليه غالبا وبخلاف ما

اذا مات الولد قبل الرد لانه لابد من رد أصله للبراءة فكذا لابد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد فى السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال (ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت فى نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه فى الحرة وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن فى الامة أيضا) لهما أن الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث فى يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت فى يد الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت فى يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشترى وماتت فى نفاسها لا يرجع على البائع بالاتفاق بالثمن وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف ورد وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذى أخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت فى يد الغاصب جناية فقتلت بها فى يد المالك أو دفعت بها بان كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفى فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب فى يد الغاصب (قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان) وقال الشافعى رحمه الله يضمنها فيجب أجر المثل ولا فرق فى المذهبين بين ما اذا عطلها أو سكنها وقال مالك رحمه الله ان سكنها يجب أجر المثل وان عطلها لا شئ عليه له أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها فى امكانه اذ هى لم تكن حادثة فى يد المالك لانها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد عرفت هذه المآخذ فى المختلف ولا نسلم أنها متقومة فى ذاتها بل تقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين

(فصل فى غصب ما لا يتقوم) قال (واذا أتلف المسلم خمر الذمى أو خنزيره ضمن قيمتهما فان أتلفهما لمسلم لم يضمن) وقال الشافعى لا يضمنهما للذمى أيضا وعلى هذا الخلاف اذا أتلفهما ذمى على ذمى أو باعهما الذمى من الذمى له أنه سقط تقومهما فى حق المسلم فكذا فى حق الذمى لانهم اتباع لنا فى الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا أن التقوم باق فى حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن أمرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فتعذر الالزام واذا بقى التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف

الميتة والدم لان أحدا من أهل الاديان لا يدين تموطهما الا أنه تجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازاله بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين لذميين لان الذمى غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمى لانا ماضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال (فان غصب من مسلم خمرا فخللها أو جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شئ ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه مازاد الدباغ فيه) والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثانى اذا دبغه بماله قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذلا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ فى الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل بغير شئ ويأخذ الجلد ويعطى مازاد الدباغ فيه وبيانه أن ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفى حقه كحق الحبس فى المبيع قال (وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطى زاد الدباغ فيه) ولو هلك فى يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه لما بقى على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال وأما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك مازاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك مازاد الصبغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما فى المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطى مازاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحاده فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقى لعدم الفائدة فى الاخذ منه ثم فى الرد عليه وله ان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفى مازاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع له فى حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة فى حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكى والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد المالك أن يتركه على

الغاصب فی هذا الوجه و یضمنه قیمته قبل لیس له ذلک لان الجلد لا قیمة له بخلاف صبغ
الثوب لان له قیمة وقیل لیس له ذلک عند أبی حنیفة رحمه الله وعندهما له ذلک لانه اذا ترکه
علیه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار کالاستهلاک وهو علی هذا الخلاف علی ما بیناه ثم
قیل یضمنه قیمة جلد مدبوغ و یعطیه ما زاد الدباغ فیه کما فی الاستهلاک وقیل یضمنه قیمة
جلد ذکی غیر مدبوغ ولو دبغه بما لا قیمة له کالتراب والشمس فهو لمالکه بلا شئ لانه بمنزلة
غسل الثوب ولو استهلکه الغاصب یضمن قیمته مدبوغا وقیل طاهرا غیر مدبوغ لان وصف
الدباغة هو الذی حصله فلا یضمنه وجه الاول وعلیه الاکثرون ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا
تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا علیه فکذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فیه قالوا عند
أبی حنیفة رحمه الله صار ملکا للغاصب ولا شئ له علیه وعندهما أخذه المالک وأعطی ما زاد
الملح فیه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا ان یعطی مثل وزن الملح من الخل وان أراد المالک ترکه
علیه وتضمینه فهو علی ما قیل وقیل فی دبغ الجلد ولو استهلکها لا یضمنها عند أبی حنیفة رحمه
الله خلافا لهما کما فی دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فیها فعن محمد رحمه الله ان صار خلا من ساعته
یصیر ملکا للغاصب ولا شئ علیه لانه استهلاک له وهو غیر متقوم وان لم تصر خلا الا بعد زمان
بان کان الملقی فیه خلا قلیلا فهو بینهما علی قدر کیلهما لانه خلط الخل بالخل فی التقدیر وهو
علی أصله لیس باستهلاک وعند أبی حنیفة رحمه الله هو للغاصب فی الوجهین ولا شئ علیه لان
نفس الخلط استهلاک عنده ولا ضمان فی الاستهلاک لانه أتلف ملک نفسه وعن محمد رحمه الله
لا یضمن بالاستهلاک فی الوجه الاول لما بینا و یضمن فی الوجه الثانی لانه أتلف ملک غیره
و بعض المشایخ أجروا جواب الکتاب علی اطلاقه ان للمالک ان یأخذ الخل فی الوجوه کلها
بغیر شئ لان الملقی فیه یصیر مستهلکا فی الخمر فلم یبق متقوما وقد کثرت فیه أقوال المشایخ وقد
أثبتناها فی کفایة المنتهی قال (ومن کسر لمسلم بربطا أو طبلا أو مزمارا أو دفا أو اراق له سکرا
أو منصفا فهو ضامن و بیع هذه الاشیاء جائز) وهذا عند أبی حنیفة رحمه الله وقال أبو یوسف
ومحمد رحمهما الله لا یضمن ولا یجوز بیعها وقیل الاختلاف فی الدف والطبل الذی یضرب للهو
فاما طبل الغزاة والدف الذی یباح ضربه فی العرس یضمن بالاتلاف من غیر خلاف وقیل
الفتوی فی الضمان علی قولهما والسکر اسم للنیء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب
نصفه بالطبخ وفی المطبوخ أدنی طبخة وهو الباذق عن أبی حنیفة رحمه الله روایتان فی
التضمین والبیع لهما ان هذه الاشیاء أعدت للمعصیة فبطل تقومها کالخمر ولانه فعل ما فعل
آمرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا یضمنه کما اذا فعل باذن الامام ولابی حنیفة رحمه الله انها

أموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا
لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على
المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها
غير صالحة للهو كما فى الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد
الخصى تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفى السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا
يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا أتلف على
نصرانى صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك قال (ومن غصب أم ولد أو مدبرة
فماتت فى يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد) عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يضمن
قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية أم الولد غير متقومة عنده وعندهما
متقومة والدلائل ذكرناها فى كتاب العتاق من هذا الكتاب والله أعلم

﴿كتاب الشفعة﴾

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال
(الشفعة واجبة للخليط فى نفس المبيع ثم للخليط فى حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار)
أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه
السلام الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له
وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه السلام الجار أحق بسقبه قيل يا رسول الله
ما سقبه قال شفعته ويروى الجار أحق بشفعته وقال الشافعى رحمه الله لا شفعة بالجوار لقوله
عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة
معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به
فيما لم يقسم وهذا ليس فى معناه لان مؤنة القسمة تلزمه فى الاصل دون الفرع ولنا ما روينا
ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة
بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر
الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصل أولى لان الضرر فى حقه
بازعاجه من خطة آبائه أقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره واما
الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك فى نفس
المبيع والخليط فى حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة فى المبيع أقوى لانه فى كل
جزء وبعده الاتصال فى الحقوق لانه شركة فى مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان

ضرر

ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال (وليس للشريك فى الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط فى الرقبة) لما ذكرنا انه مقدم قال (فان سلم فالشفعة للشريك فى الطريق فان سلم أخذها الجار) لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذى على ظهر الدار المشفوعة وبابه فى سكة أخرى وعن أبى يوسف ان مع وجود الشريك فى الرقبة لاشفعة لغيره سلم أو استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب قد تقرر فى حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك فى المبيع قد يكون فى بعض منها كما فى منزل معين من الدار أو جدار معين منها وهو مقدم على الجار فى المنزل وكذا على الجار فى بقية الدار فى أصح الروايتين عن ابى يوسف رحمه الله لان اتصاله أقوى والبقعة واحدة ثم لابد ان يكون الطريق أو الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لاتجرى فيه السفن وما تجرى فيه فهو عام وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن أبى يوسف رحمه الله ان الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قرحان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهى مستطيلة فبيعت دار فى السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا وان بيعت للعليا فلاهل السكتين والمعنى ماذكرنا فى كتاب أدب القاضى ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال (ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار) لان العلة هى الشركة فى العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا فى الدار الا انه جار ملازق قال (والشريك فى الخشبة تكون على حائط الدار جار) لما بينا قال (واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك) وقال الشافعى رحمه الله هى على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا يرى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا فى سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون فى الاستحقاق الا يرى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة فى الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة وأشباهها ولو أسقط بعضهم حقه فهى للباقين فى الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب فى حق كل واحد منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث مافى يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ماقضى له بالجميع لا يأخذ

القادم الا النصف لان قضاء القاضى بالكل للحاضر يقطع حق الغائب عن النصف بخلاف ماقبل القضاء قال (والشفعة تجب بعقد البيع) ومعناه بعده لأ أنه هو السبب لان سببها الاتصال على مابيناه والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع فى حقه حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وان كان المشترى يكذبه قال (وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة) لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضى ولا يمكنه الا بالاشهاد قال (وتملك بالاخذ اذا سلمها المشترى أو حكم بها الحاكم) لان الملك للمشترى قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضى أو قضاء القاضى كما فى الرجوع فى الهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين أو باع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم لا تورث عنه فى الصورة الاولى وتبطل شفعته فى الثانية ولا يستحقها فى الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان انه لا يجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿باب طلب الشفعة والخصومة فيها﴾

قال (واذا علم الشفيع بالبيع اشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة) اعلم ان الطلب على ثلاثة أوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعته بطلت الشفعة لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها ولو أخبر بكتاب والشفعة فى أوله أو فى وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ رحمهم الله وهو رواية عن محمد وعنه ان له مجلس العلم والروايتان فى النوادر وبالثانية أخذ الكرخى لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما فى المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله أو لا حول ولا قوة الا بالله أو قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثانى تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شئ منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله فى الكتاب اشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفى التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخى رحمه الله ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة أو اطلبها أو أنا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد

عدل عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يجب عليه ان يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا
صبيا كان أو امرأة اذا كان الخبر حقا وأصل الاختلاف فى عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله
واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا أخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم و بخلاف
ما اذا أخبره المشترى لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة فى الخصوم والثانى طلب التقرير
والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضى على ماذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب
المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير و بيانه ماقال فى
الكتاب (ثم ينهض منه) يعنى من المجلس (و يشهد على البائع ان كان المبيع فى يده) معناه
لم يسلم الى المشترى (أو على المبتاع أو عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته) وهذا لان كل
واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثانى الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق
متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا
ملك فصار كالاجنبى وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد
كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن أبى يوسف انه يشترط تسمية
المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح الا فى معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر
كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبى حنيفة
رحمه الله وهو رواية عن أبى يوسف وقال محمد رحمه الله ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت)
وهو قول زفر رحمه الله معناه اذا تركها من غير عذر وعن أبى يوسف انه اذا ترك المخاصمة فى
مجلس من مجالس القاضى تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا
دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبدا يتضرر
به المشترى لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما
دونه عاجل على ما مر فى الايمان ووجه قول أبى حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان
الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كما فى سائر الحقوق وماذكر
من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق فى حق المشترى بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن فى
البلد قاض لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضى فكان
عذرا قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضى فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضى المدعى
عليه فان اعترف بملكه الذى يشفع به والا كلفه باقامة البينة) لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفى
لاثبات الاستحقاق قال رضى الله عنه يسأل القاضى المدعى قبل ان يقبل على المدعى عليه
عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين

ذلك يسأله من سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال أنا شفيعها بدار لى تلاصقها الآن تم دعواه
على ماقاله الخصاف رحمه الله وذكر فى الفتاوى تحديد هذه الدار التى يشفع بها أيضا وقد بيناه فى
الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال (فان عجز عن البينة استحلف المشترى بالله مايعلم
أنه مالك للذى ذكره مما يشفع به) معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه
ثم هو استحلاف على مافى يده فيحلف على العلم (فان نكل أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه
فى الدار التى يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضى) يعنى المدعى عليه (هل ابتاع أم لا
فان أنكر الابتياع قيل للشفيع أقم البينة) لان الشفعة لاتجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة
قال (فان عجز عنها استحلف المشترى بالله ماابتاع أو بالله مااستحق عليه فى هذه الدار شفعة
من الوجه الذى ذكره) فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه فى
الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه
على مافى يده اصالة وفى مثله يحلف على البتات قال (ويجوز المنازعة فى الشفعة وان لم يحضر
الشفيع الثمن الى مجلس القاضى فاذا قضى القاضى بالشفعة لزمه احضار الثمن) وهذا ظاهر
رواية الاصل وعن محمد انه لايقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبى
حنيفة رحمه الله لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لايتوى مال
المشترى وجه الظاهر أنه لاثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لايشترط تسليمه فكذا لايشترط
احضاره (واذا قضى له بالدار فللمشترى أن يحبسه حتى يستوفى الثمن) وينفذ القضاء عند
محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فلو أخر اداء الثمن بعد ماقال له
ادفع الثمن اليه لاتبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضى قال (وان أحضر الشفيع
البائع والمبيع فى يده فله أن يخاصمه فى الشفعة لان اليد له وهى يد مستحقة) ولا يسمع القاضى
البينة حتى يحضر المشترى فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة
عليه لان الملك للمشترى واليد للبائع والقاضى يقضى بهما للشفيع فلابد من حضورهما
بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لايعتبر حضور البائع لانه صار أجنبيا اذ لايبقى له يد ولا
ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة أخرى وهى أن البيع فى حق المشترى اذا
كان ينفسخ لابد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن
ينفسخ فى حق الاضافة لامتناع قبض المشترى بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا أنه يبقى
أصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كانه هو
المشترى منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشترى فاخذه من يده حيث

تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفى الوجه الاول امتنع قبض المشترى وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه فى كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى قال (ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع) لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال (الا أن يسلمها الى الموكل) لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ماعرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشترى فتصير الخصومة معه الا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره فى الخصومة قبل التسليم وكذا اذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع أن يأخذها منه اذا كانت فى يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال (واذا قضى القاضى للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله أن يردها وان كان المشترى شرط البراءة منه) لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا يرى أنه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما فى الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشترى ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه والله سبحانه وتعالى أعلم

(فصل فى الاختلاف) قال (وان اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فالقول قول المشترى) لان الشفيع يدعى استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعى عليه استحقاق الدار فالمشترى لا يدعى عليه شيأ لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص ههنا فلا يتحالفان قال (ولو أقاما البينة فالبينة للشفيع) عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله البينة بينة المشترى لانها أكثر اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشترى من العدو ولهما أنه لا تنافى بينهما فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع أن يأخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشترى لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وههنا الفسخ لا يظهر فى حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشترى منه كيف وانها ممنوعة على ماروى عن محمد رحمه الله وأما المشترى من العدو فلما ذكر فى السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم فلنا أن نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثانى هنالك الا بفسخ الاول أما ههنا فبخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشترى غير ملزمة والبينات للالزام قال (واذا ادعى المشترى ثمنا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حطا عن المشترى) وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع

فقد وجبت الشفعة به وان كان على ماقال المشترى فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر
فى حق الشفيع على مانبين ان شاء الله تعالى ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قوله فى
مقدار الثمن مابقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله قال (ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان
و يترادان وأيهما نكل ظهر ان الثمن مايقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ
القاضى البيع على ماعرف و يأخذها الشفيع بقول البائع) لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق
الشفيع قال (وان كان قبض الثمن أخذ بما قال المشترى ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع) لانه لما
استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار هو كالاجنبى و بقى الاختلاف بين
المشترى والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت
الثمن يأخذها الشفيع بالف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك
قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى
قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله فى مقدار الثمن
(فصل فيما يؤخذ به المشفوع) قال (واذا حط البائع عن المشترى بعض الثمن يسقط
ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع) لان حط البعض يلتحق باصل العقد
فيظهر فى حق الشفيع لان الثمن مابقى وكذا اذا حط بعد ما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن
الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد
بيناه فى البيوع (وان زاد المشترى للبائع لم تلزم الزيادة فى حق الشفيع) لان فى اعتبار الزيادة
ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا
جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الاول لما بينا
كذا هذا قال (ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمته) لانه من ذوات القيم (وان
اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله) لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع أثبت للشفيع
ولاية التملك على المشترى بمثل ماتملكه فيراعى بالقدر الممكن كما فى الاتلاف والعددى المتقارب
من ذوات الامثال (وان باع عقارا بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر) لانه بدله
وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته قال (واذا باع بثمن مؤجل فالشفيع الخيار ان شاء أخذها
بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضى الاجل ثم يأخذها وليس له ان يأخذها فى الحال بثمن مؤجل)
وقال زفر رحمه الله له ذلك وهو قول الشافعى فى القديم لان كونه مؤجلا وصف فى الثمن كالزيادة
والاخذ بالشفعة به فيأخذ باصله ووصفه كما فى الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا
شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع وليس الرضا به فى حق المشترى رضا به فى حق الشفيع

لتفاوت الناس فى الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشترى ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيأ بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشترى لما بينا من قبل وان أخذها من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذى جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقى موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله فى الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضى الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه فى الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لقول أبى يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ فى الحال بان يؤدى الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال (واذا اشترى ذمى بخمر أو خنزير دارا وشفيعها ذمى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لان هذا البيع مقضى بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمى والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ فى الاول بالمثل والثانى بالقيمة قال (وان كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم فى حق المسلم فالتحق بغير المثلى وان كان شفيعها مسلما وذميا أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمى نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو أسلم الذمى أخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتأكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه يأخذها بقيمة الرطب كذا هذا

﴿فصل﴾ قال (واذا بنى المشترى فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشترى قلعه) وعن أبى يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك وبه قال الشافعى رحمه الله الا ان عنده له أن يقلع ويعطى قيمة البناء لابى يوسف انه محق فى البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالموهوب له والمشترى شراء فاسدا وكما اذا زرع المشترى فانه لا يكلف القلع وهذا لان فى ايجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى فى محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى فى المرهون وهذا لان حقه أقوى من حق المشترى لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبى حنيفة رحمه الله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد

فيهما ضعيف وهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب (ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحقت رجع بالثمن) لانه تبين انه أخذه بغير احق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان أخذها منه ولا على المشترى ان أخذها منه وعن أبى يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزل منزلة البائع والمشترى والفرق على ما هو المشهور ان المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط فى حق الشفيع من المشترى لانه مجبور عليه قال (واذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن) لان البناء والغرس تابع حتى دخلا فى البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شئ من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا جاز بيعها مرابحة بكل الثمن فى هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقى بحصته لان الفائت بعض الاصل قال (وان شاء ترك) لان له أن يمتنع عن تملك الدار بماله قال (وان نقض المشترى البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع) لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شئ من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية (وليس للشفيع ان يأخذ النقض) لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا قال (ومن ابتاع أرضا وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها) ومعناه اذا ذكر الثمر فى البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذى ذكره استحسان وفى القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع ألا يرى انه لا يدخل فى البيع من غير ذكر فاشبه المتاع فى الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء فى الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع قال (وكذلك ان ابتاعها وليس فى النخيل ثمر فاثمر فى يد المشترى) يعنى يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف فى ولد المبيع قال (فان جده المشترى ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر فى الفصلين جميعا) لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه قال فى الكتاب (فان جده المشترى سقط عن الشفيع حصته) قال رضى الله عنه (وهذا جواب الفصل الاول) لانه دخل فى البيع مقصودا فيقابله شئ من الثمن (اما فى الفصل الثانى يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن) لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شئ من الثمن والله أعلم

﴿باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب﴾

قال (الشفعة واجبة فى العقار وان كان مما لا يقسم) وقال الشافعى رحمه الله لا شفعة فيما لا يقسم

لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة فى كل شئ عقار أو ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال فى الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحا والبئر والطريق قال (ولا شفعة فى العروض والسفن) لقوله عليه السلام لا شفعة الا فى ربع أو حائط وهو حجة على مالك رحمه الله فى ايجابها فى السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك فى المنقول لا يدوم حسب دوامه فى العقار فلا يلحق به وفى بعض نسخ المختصر ولا شفعة فى البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور فى الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة فى السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بماله من حق القرار التحق بالعقار قال (والمسلم والذمى فى الشفعة سواء) للعمومات ولانهما يستويان فى السبب والحكمة فيستويان فى الاستحقاق ولهذا يستوى فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغى والعادل والحر والعبد اذا كان مأذونا أو مكاتبا قال (واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشترى صورة أو قيمة على ما مر قال (ولا شفعة فى الدار التى يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها دارا أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا) لان الشفعة عندنا انما تجب فى مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعى رحمه الله تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما فى البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا وقوله يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا أو ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع فى النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضرورى فلا يظهر فى حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره فى المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض فى العقد فى كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا فلا شفعة فى جميع الدار عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا تجب فى حصة الالف لانه مبادلة مالية فى حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة فى الاصل فكذا فى التبع ولان الشفعة شرعت فى المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة فى حصة الربح لكونه تابعا

فيه قال (أو يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة) قال رضى الله عنه هكذا
ذكر فى أكثر نسخ المختصر والصحيح أو يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها
بانكار بقى الدار فى يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل
انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا أنكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها
باقرار لانه معترف بالملك للمدعى وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها
باقرار أو سكوت أو انكار وجبت الشفعة فى جميع ذلك لانه أخذها عوضا عن حقه فى زعمه اذا لم
يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال (ولا شفعة فى هبة لما ذكرنا الا أن تكون بعوض مشروط)
لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد
قررناه فى كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا فى العقد لان كل واحد منهما هبة
مطلقة الا انه أثيب منها فامتنع الرجوع قال (ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع) لانه
يمنع زوال الملك عن البائع (فان أسقط الخيار وجبت الشفعة) لانه زال المانع عن الزوال
ويشترط الطلب عند سقوط الخيار فى الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك (وان
اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتنى
عليه على مامر واذا أخذها فى الثلاث وجب البيع لعجز المشترى عن الرد ولا خيار للشفيع لانه
يثبت بالشرط وهو للمشترى دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ
بالشفعة اما للبائع فظاهر لبقاء ملكه فى التى يشفع بها وكذا اذا كان للمشترى وفيه اشكال أو
ضحناه فى البيوع فلا نعيده واذا أخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث
لا يبطل خياره بأخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف
بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه فى الاولى حين
بيعت الثانية قال (ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها) اما قبل القبض فلعدم زوال ملك
البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفى اثبات حق
الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشترى فى البيع الصحيح لانه صار
أخص به تصرفا وفى البيع الفاسد ممنوع عنه قال (فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة)
لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهى فى يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى
المشترى فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع
بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه فى الدار التى يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط

فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشترى قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التى يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال (واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة) لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة ماشرعت الا فى المبادلة المطلقة قال (واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشترى بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع) لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة فى انشاء العقد ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه (وان ردها بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع فللشفيع الشفعة) لانه فسخ فى حقهما لولايتهما على أنفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد فى حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفى الجامع الصغير ولا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة فى كتاب القسمة انه يثبت فى القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل فى الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود فى القسمة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿باب ما يبطل به الشفعة﴾

قال (واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته) لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهى عند القدرة (وكذلك ان أشهد فى المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار) وقد أوضحناه فيما تقدم قال (وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض) لان حق الشفعة ليس بحق متقرر فى المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك فى المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختارينى بألف أو قال العنين لامرأته اختارى ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس فى هذا بمنزلة الشفعة فى رواية وفى أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية فى الشفعة وقيل هى فى الكفالة خاصة وقد عرف فى موضعه قال (واذا مات الشفيع بطلت شفعته) وقال الشافعى رحمه الله تورث عنه قال رضى الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة أما اذا مات بعد قضاء القاضى قبل نقد الثمن

وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف فى خيار الشرط وقد مر فى البيوع ولانه بالموت
يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى
وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه (وان مات المشترى لم تبطل) لان المستحق باق
ولم يتغير سبب حقه ولا يباع فى دين المشترى ووصيته ولو باعه القاضى أو الوصى أو أوصى
المشترى فيها بوصية فللشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه فى حياته قال
(واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته) لزوال سبب الاستحقاق
قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا
أو ابراء عن الدين وهو لا يعلم به وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع
الزوال فيبقى الاتصال قال (ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشترى
اذا ابتاع فله الشفعة) والاصل أن من باع أو بيع له لا شفعة له ومن اشترى أو ابتيع له فله الشفعة
لان الاول بأخذ المشفوعة يسعى فى نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشترى لا ينقض شراؤه
بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء (وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له)
وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان
البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشترى قال (واذا بلغ الشفيع
انها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت باقل أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر فتسليمه
باطل وله الشفعة) لانه انما سلم لاستكثار الثمن فى الاول ولتعذر الجنس الذى بلغه وتيسر ما بيع
به فى الثانى اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل أو موزون أو عددى متقارب بخلاف ما اذا علم
أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر لان الواجب فيه القيمة وهى دراهم أو دنانير وان بان
أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له وكذا اذا كانت أكثر وقال زفر رحمه الله له الشفعة
لاختلاف الجنس ولنا أن الجنس متحد فى حق الثمنية قال (واذا قيل له ان المشترى فلان
فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة) لتفاوت الجوار (ولو علم أن المشترى هو مع غيره فله أن
يأخذ نصيب غيره) لان التسليم لم يوجد فى حقه (ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع
فله الشفعة) لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفى عكسه لا شفعة فى ظاهر الرواية لان
التسليم فى الكل تسليم فى ابعاضه والله أعلم ﴿فصل﴾ قال (واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها
فى طول الحد الذى يلى الشفيع فلا شفعة له) لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه
هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا قال (واذا ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار
فى السهم الاول دون الثانى لان الشفيع جار فيهما الا أن المشترى فى الثانى) شريك فيتقدم

عليه فان أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقى بالباقى وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضى الله عنه وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى به ثوب بقدر قيمته الا أنه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشترى الثوب لقيام البيع الثانى فيتضرر به والاوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع بطل الصرف فيجب رد الدينار لاغير قال (ولا تكره الحيلة فى اسقاط الشفعة عند أبى يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله) لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو أبحنا الحيلة مادفعناه ولابى يوسف أنه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة فى اسقاط الزكاة (مسائل متفرقة) قال (واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم وان اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها) والفرق أن فى الوجه الثانى بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشترى فيتضرر به زيادة الضرر وفى الوجه الاول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة ولافرق فى هذا بين ما اذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح الا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم اذا نقد ماعليه مالم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدى الى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا أو كان الثمن جملة لان العبرة فى هذا لتفرق الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها فى كفاية المنتهى قال (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذى صار للمشترى أو يدع) لان القسمة من تمام القبض لما فيها من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة فى الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ماهو من تمامه بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشترى الذى لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ماوقع مع الذى قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب فى الكتاب يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذى صار للمشترى فى أى جانب كان وهو المروى عن أبى يوسف رحمه الله لان المشترى لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه انما يأخذه اذا وقع فى جانب الدار التى يشفع بها لانه يبقى جارا فيما يقع فى الجانب الآخر قال (ومن باع دارا وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة) لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه

يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له قال (وتسليم الاب والوصى الشفعة على الصغير جائز عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ) قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبى فلم يطلبا الشفعة وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة فى رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما أنه فى معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى أن من أوجب بيعا للصبى صح رده من الاب والوصى ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر فى تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبى وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن أبى يوسف رحمه الله والله أعلم

(كتاب القسمة)

قال القسمة فى الاعيان المشتركة مشروعة لان النبى عليه السلام باشرها فى المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هى لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقى من حقه فى نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسما لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا أنها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين وهذا لان أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضى ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضى اجابته وان كانت أجناسا مختلفة لا يجبر القاضى على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال (وينبغى للقاضى ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر) لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضى ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته فى مالهم غرما بالغنم قال (فان لم يفعل نصب

فاسما يقسم بالاجر) معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص و بقدر أجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة (و يجب ان يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة (ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد) معناه لا يجبرهم على ان يستأجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله (ولو اصطلحوا فاقتسموا اجاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى أمر القاضي) لانه لا ولاية لهم عليه قال (ولا يترك القسام يشتركون) كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر قال (وأجرة القسمة على عدد الرؤس عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة رحمه الله ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال (واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ماسوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم) لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فانه يقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال (وان ادعوا الملك ولم يذكروا

كيف انتقل اليوم قسمه بينهم) لانه ليس في القسمة قضاء على الغير لانهم ما أقروا بالملك لغيرهم
قال رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة (وفي الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما
البينة انها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما) لاحتمال ان يكون
لغيرهما ثم قيل هو قول أبي حنيفة خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في
العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال (واذا حضر
وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها
القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي
يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه) لان فيه نظرا للغائب والصغير ولا بد من اقامة البينة في
هذه الصورة عنده أيضا خلافا لهما كما ذكرناه من قبل (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة
أحدهم) والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه
المورث أو باع ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده
والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشراء
ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب
فوضح الفرق (وان كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يد
مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير) لان القسمة قضاء على الغائب والصغير
باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه
والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح
كما أطلق في الكتاب قال (وان حضر وارث واحد لم يقسم وان أقام البينة) لانه لا بد من حضور
خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان
الحاضر اثنين على ما بينا (ولو كان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا
اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها فطلبا القسمة وأقاما البينة
على الميراث والوصية يقسمه) لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا
الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

﴿فصل فيما يقسم وما لا يقسم﴾ قال (واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب
أحدهم) لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل (وان
كان ينتفع أحدهم ويستضر به الآخر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب
صاحب القليل لم يقسم) لان الاول ينتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر

الجصاص على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد فى مختصره ان أيهما طلب القسمة يقسم القاضى والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور فى الكتاب وهو الاول (وان كان كل واحد منها يستضر لصغره لم يقسمها لا بتراضيهما) لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفى هذا تفويتها وتجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما اما القاضى فيعتمد الظاهر قال (ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل فى القسمة والتكميل فى المنفعة (ولا يقسم الجنسين بعضهما فى بعض) لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تميزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضى دون جبر القاضى ويقسم كل موزون ومكيل كثير أو قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاتا وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاوانى) لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة (ويقسم الثياب الهروية) لاتحاد الصنف (ولا يقسم ثوبا واحدا) لاشتمال القسمة على الضرر اذهى لا تتحقق الا بالقطع (ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما) لما بينا بخلاف ثلاثة أثواب اذا جعل ثوب بثوبين أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز (وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر) لتفاوتهما (وقالا يقسم الرقيق) لاتحاد الجنس كما فى الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت فى الآدمى فاحش لتفاوت المعانى الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الاترى ان الذكر والانثى من بنى آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين فى المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية جميعا فافترقا واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلئ واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجرى الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق الاترى انه لو تزوج على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالع عليها لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا ان يتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين) لانها تشتمل على الضرر فى الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضى بخلاف التراضى لما بينا قال (واذا كانت دور مشتركة فى مصر واحد قسم كل دار على حدتها فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها فى بعض قسمها) وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة ونظرا

الى أصل السكنى أجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى
القاضى وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران
والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل فى القسمة ولهذا لايجوز التوكيل
بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما فى الثوب بخلاف الدار
الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان فى قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة
قال رضى الله عنه تقييد الوضع فى الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا فى مصرين لاتجمعان
فى القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احداهما فى الاخرى والبيوت
فى محلة أو محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت
والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد قال (وان كانت
دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة) لاختلاف الجنس قال رضى الله
عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال فى اجارات الاصل ان اجارة منافع
الدار بالحانوت لاتجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل فى المسئله روايتان أو تبنى
حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة

﴿فصل﴾ فى كيفية القسمة قال (وينبغى للقاسم ان يصور ما يقسمه) ليمكنه حفظه (ويعدله)
يعنى يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله أى يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذرعه)
ليعرف قدره (ويقوم البناء) لحاجته اليه فى الآخرة (ويفرز كل نصيب عن الباقى بطريقه
وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق) فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى
القسمة على التمام (ثم يلقب نصيبا بالاول والذى يليه بالثانى والثالث على هذا ثم يخرج القرعة
فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثانى) والاصل ان ينظر فى
ذلك الى أقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا لتمكن
القسمة وقد شرحناه مشبعا فى كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله فى الكتاب ويفرز كل
نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله ان شاء
الله والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقتراع
جاز لانه فى معنى القضاء فيملك الالزام قال (ولا يدخل فى القسمة الدراهم والدنانير الا
بتراضيهم) لانه لاشركة فى الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل فى
القسمة لان أحدهم يصل الى عين العقار ودراهم الآخر فى ذمته ولعلها لاتسلم له (واذا كان
أرض وبناء فعن أبى يوسف انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة) لانه لا يمكن اعتبار المعادلة

الا بالتقويم وعن أبى حنيفة رحمه الله انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل فى الممسوحات ثم يرد من وقع البناء فى نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم فى القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له فى المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد رحمه الله انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقى فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بان كان لا تفى العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم لان الضرورة فى هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل قال (فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل فى نصيب الآخر أو طريق لم يشترط فى القسمة فان أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل فى نصيب الآخر) لانه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر (وان لم يمكن فسخت القسمة) لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد فى هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع فى الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق فى الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفى الوجه الثانى يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلفوا فى رفع الطريق بينهم فى القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه فى نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم) لتحقق الافراز بالكلية دونه (وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم) ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق (ولو اختلفوا فى مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله) لان الحاجة تندفع به (والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة) لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه (ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهما اثلاثا جاز وان كان أصل الدار نصفين) لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضى قال (واذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك) قال رضى الله عنه هذا عند محمد رحمه الله قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله انه يقسم بالذرع لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء او سردابا أو اصطبلا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة

وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما أمكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة رحمه الله ذراع من سفل بذراعين من علو وقال أبو يوسف رحمه الله ذراع بذراع قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف ان المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسئلة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو المجرد ومعه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوي مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول أبي يوسف رحمه الله أن يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد ومائة ذراع من العلو المجرد لان السفل والعلو عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو قال (واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله لا تقبل وهو قول أبي يوسف أولا وبه قال الشافعي رحمه الله وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد رحمه الله انهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه أو لانه لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي رحمه الله اذا قسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله لانهما يدعيان ايفاء عمل

استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة الى أنفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف فى الاستيفاء فانتفت التهمة (ولو شهد قاسم واحد لا تقبل) لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضى أمينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين فى دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل فى الزام الآخر اذا كان منكرا والله أعلم

(باب دعوى الغلط فى القسمة والاستحقاق فيها)

قال (واذا ادعى أحدهم الغلط وزعم ان مما أصابه شيأ فى يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة) لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة (فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعى فيقسم بينهما على قدر انصبائهما) لان النكول حجة فى حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضى الله عنه ينبغى أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه واليه أشار من بعد (وان قال قد استوفيت حقى وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه) لانه يدعى عليه الغصب وهو منكر (وان قال أصابنى الى موضع كذا فلم يسلمه الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة) لان الاختلاف فى مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف فى مقدار المبيع على ماذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم (ولو اختلفا فى التقويم لم يلتفت اليه) لانه دعوى الغبن ولا معتبر به فى البيع فكذا فى القسمة لوجود التراضى (الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضى والغبن فاحش) لان تصرفه مقيد بالعدل (ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتا فى يد الآخر انه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة) لما قلنا (وان أقاما البينة يؤخذ ببينة المدعى) لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذى اليد (وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا فى الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذى هو فى يد صاحبه) لما بينا (وان قامت لاحدهما بينة قضى له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا) كما فى البيع

(فصل) قال (واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبى حنيفة رحمه الله ورجع بحصة ذلك فى نصيب صاحبه وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ القسمة) قال رضى الله عنه ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر فى الاسرار والصحيح ان الاختلاف فى استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما فاما فى استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع فى الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة أوجه ولم يذكر قول محمد رحمه الله وذكره أبو سليمان مع أبى يوسف وأبو حفص مع أبى حنيفة وهو الاصح لابى

يوسف رحمه الله ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما
اذا استحق بعض شائع فى النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو
الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته فى نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز
لا ينعدم باستحقاق جزء شائع فى نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه فى الابتداء
بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه
فاقتسما على ان لاحدهما مالهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا فى الانتهاء وصار كاستحقاق
شئ معين بخلاف الشائع فى النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه فى
النصيبين اما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من
الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء
نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع مافى يده من المؤخر لانه
لو استحق كل المقدم رجع بنصف مافى يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو
الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقى شائعا رجع
بربع مافى يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابى يوسف رحمه الله
مافى يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ماباع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة
عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف
نصيب صاحبه قال (ولو وقعت القسمة ثم ظهر فى التركة دين محيط ردت القسمة) لانه يمنع
وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقى من التركة ما يفى
بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة فى ايفاء حقهم (ولو ابرأه الغرماء بعد القسمة
او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة) لان المانع قد زال ولو
ادعى احد المتقاسمين دينا فى التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة
تصادف الصورة ولو ادعى عينا باى سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة
اعتراف بكون المقسوم مشتركا

﴿فصل فى المهيأة﴾ المهيأة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع
فاشبه القسمة ولهذا يجرى فيه جبر القاضى كما يجرى فى القسمة الا ان القسمة اقوى منه فى
استكمال المنفعة لانه جمع المنافع فى زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد
الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لانه ابلغ فى التكميل ولو وقعت فيما
يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ بموت

احدهما

أحدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم فلا فائدة فى النقض ثم الاستئناف (ولو تهايآ فى دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا سفلها جاز) لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة والتهايؤ فى هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت (ولكل واحد ان يستغل ما أصابه بالمهايأة شرط ذلك فى العقد أو لم يشترط) لحدوث المنافع على ملكه (ولو تهايآ فى عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا فى البيت الصغير) لان المهايأة قد تكون فى الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا (ولو اختلفا فى التهايؤ من حيث الزمان والمكان فى محل يحتملهما يأمرهما القاضى بان يتفقا) لان التهايؤ فى المكان أعدل وفى الزمان أكمل فلما اختلفت الجهة لابد من الاتفاق (فان اختاراه من حيث الزمان يقرع فى البداية) نفيا للتهمة (ولو تهايآ فى العبدين على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما) لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبرا من القاضى وبالتراضى فكذا المهايأة وقيل عند أبى حنيفة لا يقسم القاضى وهكذا روى عنه لانه لا يجرى فيه الجبر عنده والاصح أنه يقسم القاضى عنده أيضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم (ولو تهايآ فيهما على ان نفقة كل عبد على من يأخذه جاز) استحسانا للمسامحة فى اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يسامح فيها (ولو تهايآ فى دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضى عليه) أما عندهما فظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن أبى حنيفة أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضى لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض احدهما ببعض الآخر جائز ووجه الظاهر أن التفاوت يقل فى المنافع فيجوز بالتراضى ويجرى فيه جبر القاضى ويعتبر افرازا أما يكثر التفاوت فى أعيانهما فاعتبر مبادلة (وفى الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز) اعتبارا بقسمة الاعيان وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق وأخرق والتهايؤ فى الركوب فى دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها وأما التهايؤ فى الاستغلال يجوز فى الدار الواحدة فى ظاهر الرواية وفى العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق هو أن النصيبين يتعاقبان فى الاستيفاء والاعتدال ثابت فى الحال والظاهر بقاؤه فى العقار وتغيره فى الحيوانات لتوالى أسباب التغير عليها فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة فى نوبة أحدهما عليها فى نوبة الآخر فيشتركان فى الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ

على المنافع فاستغل أحدهما فى نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع التهايؤ حاصل وهو المنافع
فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد (والتهايؤ على الاستغلال فى الدارين جائز) أيضا فى ظاهر
الرواية لما بينا ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق أن فى
الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفى الدار الواحدة يتعاقب الوصول
فاعتبر قرضا وجعل كل واحد فى نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل
وكذا يجوز فى العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ فى المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت فى
أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان فى العبد الواحد فاولى أن يمتنع الجواز والتهايؤ فى
الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة فى الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو
التسامح فى الخدمة والاستقصاء فى الاستغلال فلا يتقاسان (ولا يجوز فى الدابتين عنده خلافا
لهما) والوجه ما بيناه فى الركوب (ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتهايا على أن يأخذ كل
واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرعاها ويشرب ألبانها لا يجوز) لان المهايأة فى المنافع ضرورة
أنها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة أن يبيع
حصته من الآخر ثم يشترى كلها بعد مضى نوبته أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا
لنصيب صاحبه اذا قرض المشاع جائز والله أعلم بالصواب

﴿كتاب المزارعة﴾

قال (أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة) اعلم أن المزارعة لغة مفاعلة
من الزرع وفى الشريعة هى عقد على الزرع ببعض الخارج وهى فاسدة عند أبى حنيفة رحمه
الله وقالا هى جائزة لما روى أن النبى عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر
أو زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان
ذا المال قد لا يهتدى الى العمل والقوى عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد
بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا أثر هناك للعمل فى
تحصيلها فلم تتحقق شركة وله ما روى أنه عليه السلام نهى عن المخابرة وهى المزارعة ولانه
استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون فى معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول أو معدوم
وكل ذلك مفسد ومعاملة النبى عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح
وهو جائز (واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شئ منه فله أجر مثله) لانه فى معنى
اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه أجر مثل

الارض والخارج فى الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الاان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع (ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط أحدها كون الارض صالحة للزراعة) لان المقصود لا يحصل بدونه (والثانى ان يكون رب الارض والمزارع من أهل العقد وهو لا يختص به) لان عقدا ما لا يصح الامن الاهل (والثالث بيان المدة) لانه عقد على منافع الارض أو منافع العامل والمدة هى المعيار لها ليعلم بها (والرابع بيان من عليه البذر) قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض أو منافع العامل (والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله) لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد (والسادس ان يخلى رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد) لفوات التخلية (والسابع الشركة فى الخارج بعد حصوله) لانه ينعقد شركة فى الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد (والثامن بيان جنس البذر) ليصير الاجر معلوما قال (وهى عندهما على أربعة أوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة) لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة الخياط (وان كان الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت) لانه استئجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة (وان كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت) لانه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته أو طيانا ليطين بمره (وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهى باطلة) وهذا الذى ذكره ظاهر الرواية وعن أبى يوسف رحمه الله انه يجوز أيضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة فى طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما أحدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر فانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثانى ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز أيضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج فى الوجهين لصاحب البذر فى رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفى رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له لاتصاله بارضه قال (ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة) لما بيّنا (وان يكون الخارج

شائعا بينهما) تحقيقا لمعنى الشركة (فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهى باطلة) لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر فصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما فى المضاربة (وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقى بينهما نصفين) لانه يؤدى الى قطع الشركة فى بعض معين أو فى جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرطا رفع الخراج فالارض خراجية وان يكون الباقى بينهما لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقى بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدى الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقى بينهما والارض عشرية قال (وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقى) معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرطا لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية أخرى (وكذا اذا شرطا لاحدهما التبن وللآخر الحب) لانه عسى تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن (وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه) لانه يؤدى الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب (ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت) لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود (ثم التبن يكون لصاحب البذر) لانه نماء بذره وفى حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما أيضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل (ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت) لانه حكم العقد (وان شرطا التبن للآخر فسدت) لانه شرط يؤدى الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال (واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام (وان لم تخرج الارض شيأ فلا شئ للعامل) لانه يستحقه شركة ولا شركة فى غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان أجر المثل فى الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج قال (واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر) لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقى النماء كله لصاحب البذر قال (ولو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل أجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له من الخارج) لانه رضى بسقوط الزيادة وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله (وقال محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ) لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فتجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر فى الاجارات (وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض أجر مثل أرضه) لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها

وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذى ذكرناه (ولو جمع بين الارض والبقر
حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر مثل الارض والبقر) هو الصحيح لان له مدخلا فى
الاجارة وهى اجارة معنى (واذا استحق رب الارض الخارج لبذره فى المزارعة الفاسدة طاب
له جميعه) لان النماء حصل فى أرض مملوكة له (وان استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر
الارض وتصدق بالفضل) لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك فى منافع
الارض أوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به قال (واذا عقدت
المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) لانه لا يمكنه المضى فى العقد الا بضرر
يلزمه فصار كما اذا استأجر أجيرا ليهدم داره (وان امتنع الذى ليس من قبله البذر أجبره الحاكم
على العمل) لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ
به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال (ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع
الارض فلا شئ له فى عمل الكراب) قيل هذا فى الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء
العامل لانه غره فى ذلك قال (واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) اعتبارا بالاجارة وقد مر
الوجه فى الاجارات فلو كان دفعها فى ثلاث سنين فلما نبت الزرع فى السنة الاولى ولم يستحصد
الزرع حتى مات رب الارض ترك الارض فى يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط
وتنتقض المزارعة فيما بقى من السنتين لان فى ابقاء العقد فى السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف
السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس (ولو مات رب
الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة) لانه ليس فيه
ابطال مال على المزارع (ولا شئ للعامل بمقابلة ما عمل) كما نبينه ان شاء الله تعالى (واذا فسخت
المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها فباع جاز كما فى الاجارة (وليس
للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ) لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو
انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ (ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض فى
الدين حتى يستحصد الزرع) لان فى البيع ابطال حق المزارع والتأخير أهون من الابطال
(ويخرجه القاضى من الحبس ان كان حبسه بالدين) لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما
والحبس جزاء الظلم قال (واذا انقضت مدة المزاعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر
مثل نصيبه من الارض الى أن يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما)
معناه حتى يستحصد لان فى تبقيته لزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه
وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل فى المال المشترك وهذا

بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك
ابقينا العقد فى مدته والعقد يستدعى العمل على العامل اما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا
ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه (فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه
وامر القاضى فهو متطوع) لانه لا ولاية له عليه (ولو اراد رب الارض ان يأخذ الزرع
بقلا لم يكن له ذلك) لان فيه اضرارا بالمزارع (ولو اراد المزارع ان يأخذه بقلا قيل لصاحب
الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما
تنفقه فى حصته) لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود
المنهى نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك
يستدفع الضرر (ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد
الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك) لانه لا ضرر على رب الارض (ولا اجر لهم بما عملوا)
لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على
الخيارات الثلاث لما بينا قال (وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما
بالحصص فان شرطاه فى المزارعة على العامل فسدت) وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر
من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام فى جميع المزارعات ووجه ذلك ان
العقد يتناهى بتناهى الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب
مؤنته عليهما واذا شرط فى العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط
الحمل او الطحن على العامل وعن ابى يوسف رحمه الله انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل
للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسى هذا هو
الاصح فى ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقى والحفظ فهو على العامل
وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما فى ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباههما
على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر
من السقى والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو
شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما
لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد فى الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم
العرف فيه ولو ارادا فصل القصيل او جد التمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما
انهيا العقد لما عزما على الفصل والجداد بسرا فصار كما بعد الادراك والله اعلم

﴿ كتاب المساقاة ﴾

(قال

(قال أبو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة
وسمى جزءا من الثمر مشاعا) والمساقاة هي المعاملة في الاشجار والكلام فيها كالكلام في
المزارعة وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل
في هذا المضاربة والمعاملة أشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرطا
الشركة في الربح دون البذر بان شرطا رفعه من رأس الخارج تفسد فجعلنا المعاملة أصلا
وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس
فيها لانها اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر
يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن وادراك
البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة
بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله
الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة
لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا أو أصول رطبة
على أن يقوم عليها أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة لانها تنمو ما
تركت في الارض فجهلت المدة (ويشترط تسمية الجزء مشاعا) لما بينا في المزارعة اذ شرط جزء
معين يقطع الشركة (فان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة)
لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج (ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها
جازت) لانا لا نتيقن بفوات المقصود (ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة
العقد (وان تأخر فللعامل أجر المثل) لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار
كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج أصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فبقى
العقد صحيحا ولا شئ لكل واحد منهما على صاحبه قال (وتجوز المساقاة في النخل والشجر
والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) وقال الشافعي رحمه الله في الجديد لا تجوز الا في الكرم
والنخل لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت
وأثر خيبر لا يخصهما لان أهلها يعملون في الاشجار والرطاب أيضا ولو كان كما زعم فالاصل في
النصوص أن تكون معلولة سيما على أصله (وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير
عذر) لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد (وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر) بخلاف
المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر على ما قدمناه قال (فان دفع نخلا فيه تمر مساقاة والتمر يزيد

بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز) وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو
استحصد وأدرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي والادراك
فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى
لعمل قال (واذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله) لانه فى معنى الاجارة الفاسدة وصارت
كالمزارعة اذا فسدت قال (وتبطل المساقاة بالموت) لانها فى معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات
رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان
كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر
(ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين ان يقتسموا البسر على الشرط وبين ان
يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك فى حصة
العامل من الثمر) لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره فى المزارعة (ولو مات العامل
فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض) لان فيه النظر من الجانبين (فان أرادوا ان
يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة) التى بيناها (وان ماتا جميعا فالخيار
لورثة العامل) لقيامهم مقامه وهذا خلافة فى حق مالى وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت
الادراك لا ان يكون وراثة فى الخيار (فان أبى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار فى ذلك
لورثة رب الارض) على ما وصفنا قال (واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهذا
والاول سواء وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير أجر) لان الشجر لا يجوز استئجاره
بخلاف المزارعة فى هذا لان الارض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفى
المزارعة فى هذا عليهما لانه لما وجب أجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق
عليه العمل وههنا لا أجر فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال (وتفسخ
بالاعذار) لما بينا فى الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا
يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه فتفسخ
به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان فى الزامه استئجار الاجراء زيادة ضرر
عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان
وتأويل احداهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته (ومن دفع أرضا بيضاء الى رجل
سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بين الارض والغارس نصفين لم
يجز ذلك) لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله (وجميع الثمر والغرس لرب
الارض وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل) لانه فى معنى قفيز الطحان اذ هو استئجار

بعض مايخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لايدخل فى قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفى تخريجها طريق آخر بيناه فى كفاية المنتهى وهذا اصحهما والله أعلم

﴿ كتاب الذبائح ﴾

قال (الذكاة شرط حل الذبيحة) لقوله تعالى الا ماذكيتم ولان بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة فى المأكول وغيره فانها تنبئ عنها ومنه قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها وهى اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهى الجرح فى أى موضع كان من البدن والثانى كالبدل عن الاول لانه لايصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول اعمل فى اخراج الدم والثانى أقصر فيه فاكتفى به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابى وان يكون حلالا خارج الحرم على مانبينه ان شاء الله تعالى (وذبيحة المسلم والكتابى حلال) لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا أو مجنونا أو امرأة اما اذا كان لايضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لاتحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابى ينتظم الكتابى والذمى والحربى والعربى والتغلبى لان الشرط قيام الملة على مامر قال (ولا تؤكل ذبيحة المجوسى) لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم ولانه لايدعى التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال (والمرتد) لانه لاملة له فانه لايقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابى اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ماهو عليه عند الذبح لاماقبله قال (والوثنى) لانه لايعتقد الملة قال (والمحرم) يعنى من الصيد (وكذا لايؤكل ماذبح فى الحرم من الصيد) والاطلاق فى المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح فى الحرم يستوى فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح فى الحرم غير الصيد صح لانه فعل مشروع اذ الحرم لايؤمن الشاة وكذا لايحرم ذبحه على المحرم قال (وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لاتؤكل وان تركها ناسيا أكل) وقال الشافعى رحمه الله أكل فى الوجهين وقال مالك رحمه الله لايؤكل فى الوجهين والمسلم والكتابى فى ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازى والكلب

عند الرمي وهذا القول من الشافعي رحمه الله مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله
في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن
عمر رضي الله عنهما انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم انه يحل بخلاف
متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا لا يسع
فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام
المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر
النسيان كالطهارة في باب الصلاة ولو كانت شرطا فالملة أقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب
وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الآية نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا
والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فانه عليه السلام قال في آخره فانك
انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك رحمه الله يحتج
ظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان
كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر
الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق
العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح
وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان المقدور له في
الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فتشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذ
أضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى وأصاب غيره حل
وكذا في الارسال ولو أضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالاخرى أكل ولو سمى على سهم
ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل قال (ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيأ غيره وان يقول عند
الذبح اللهم تقبل من فلان) وهذه ثلاث مسائل احداها أن يذكر موصولا لا معطوفا فيكره
ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره أن يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم
توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية
أن يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان أو يقول بسم الله
وفلان أو بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه أهل به لغير الله والثالثة أن
يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل أن يضجع الذبيحة أو بعده
وهذا لا بأس به لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن أمة
محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن

مسعود

مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف قال (والذبح بين الحلق واللبة) وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال (والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة الحلقوم والمرىء والودجان) لقوله عليه السلام أفر الاوداج بما شئت وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المرىء والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمرىء الا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ماذكرنا يحتج مالك رحمه الله ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها (وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع أكثرها فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالا لابد من قطع الحلقوم والمرىء واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري رحمه الله الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله أن هذا قول أبي يوسف رحمه الله وحده وقال في الجامع الصغير ان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع الاكثر الاوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافا فاختلفت الرواية فيه الحاصل أن عند أبي حنيفة رحمه الله اذا قطع الثلاث أي ثلاث كان يحل وبه كان يقول أبو يوسف أولا ثم رجع الى ماذكرنا وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لان كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر أكثر كل فرد منها ولابي يوسف رحمه الله أن المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب أحدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم أما الحلقوم فيخالف المرىء فانه مجرى العلف والماء والمرىء مجرى النفس فلابد من قطعهما ولابي حنيفة رحمه الله أن الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام وأي ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيأ احتياطا الى جانب الحرمة قال (ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله بأس الا أنه يكره هذا الذبح) وقال الشافعي رحمه الله

المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام أنهر الدم بما شئت ويروى أفر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد أمرنا فيه بالاحسان قال (ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء أنهر الدم الا السن القائم والظفر القائم) فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد رحمه الله في الجامع الصغير على أنها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة يقول يكره أو لم يؤكل قال (ويستحب أن يحد الذابح شفرته) لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة لما روى عن النبي عليه السلام انه رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد أردت أن تميتها موتات هلا حددتها قبل أن تضجعها قال (ومن بلغ بالسكين النخاع أو قطع الرأس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته) وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روى عن النبي عليه السلام انه نهى أن تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرناه وقيل معناه ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة ايلام لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره أن يجر ما يريد ذبحه برجله الى المذبح وان تنخع الشاة قبل أن تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا ألم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال (وان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل) لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج (وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل) لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال (وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح) لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول (وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار) لما بينا وقال مالك رحمه الله لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة

العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفى الكتاب أطلق فيما توحش من النعم وعن محمد رحمه الله ان الشاة اذا ندت فى الصحراء فذكاتها العقر وان ندت فى المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها فى المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء فى البقر والبعير لانهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما وان ندا فى المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل أكله قال (والمستحب فى الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب فى البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره) اما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها فى المنحر وفيهما فى المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهى لمعنى فى غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك رحمه الله انه لا يحل قال (ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة فوجد فى بطنها جنينا ميتا لم يؤكل أشعر أو لم يشعر) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقته أكل وهو قول الشافعى رحمه الله لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة أمه ولانه جزء من الام حقيقة لانه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل فى البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزأ منها فالجرح فى الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما فى الصيد وله انه أصل فى الحياة حتى تتصور حياته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموى وما هو المقصود من الذكاة وهو المميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا فى حقه بخلاف الجرح فى الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل فى البيع تحريا بالجوازه كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق

﴿فصل فيما يحل أكله وما لا يحل﴾ قال (ولا يجوز أكل ذى ناب من السباع ولا ذى مخلب من الطيور) لان النبى عليه السلام نهى عن أكل كل ذى مخلب من الطيور وكل ذى ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب أو ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله أعلم كرامة بنى آدم كيلا يعدو شئ من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعى فى اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا أكل الرخم والبغاث لانهما يأكلان الجيف

قال (ولا بأس بغراب الزرع) لانه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير قال (ولا يؤكل الابقع الذى يأكل الجيف وكذا الغداف قال أبو حنيفة رحمه الله لا بأس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن أبى يوسف انه يكره لان غالب أكله الجيف قال (ويكره أكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها) اما الضبع فلماذكرنا وأما الضب فلان النبى عليه السلام نهى عائشة رضى الله عنه حين سألته عن أكله وهى حجة على الشافعى فى اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شئ وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال (ولا يجوز أكل الحمر الاهلية والبغال) لما روى خالد بن الوليد رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن على رضى الله عنه ان النبى عليه السلام أهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال (ويكره لحم الفرس عند أبى حنيفة رحمه الله) وهو قول مالك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله لا بأس باكله لحديث جابر رضى الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية وأذن فى لحوم الخيل يوم خيبر ولابى حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من أعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره أكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم فى الغنيمة ولان فى اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد رضى الله عنه والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح وأما لبنه فقد قيل لا بأس به لانه ليس فى شربه تقليل آلة الجهاد قال (ولا بأس باكل الارنب) لان النبى عليه السلام أكل منه حين اهدى اليه مشويا وأمر أصحابه رضى الله عنهم بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فاشبه الظبى قال (واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه الا الآدمى والخنزير) فان الذكاة لا تعمل فيهما اما الآدمى فلحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما فى الدباغ وقال الشافعى رحمه الله الذكاة لا تؤثر فى جميع ذلك لانه يؤثر فى اباحة اللحم أصلا وفى طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل وصار كذبح المجوسى ولنا ان الذكاة مؤثرة فى ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهى النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما فى الدباغ وهذا حكم مقصود فى الجلد كالتناول فى اللحم وفعل المجوسى أمانة فى الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع فى الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به فى غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به فى غير الاكل قا

(ولا

(ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك) وقال مالك رحمه الله وجماعة من أهل العلم باطلاق جميع
ما فى البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعى رحمه الله انه أطلق ذلك
كله والخلاف فى الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه
السلام فى البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لادم فى هذه الاشياء اذ الدموى
لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم الخبائث وماسوى السمك
خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان
والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما
روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان
أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال قال (ويكره أكل الطافى منه) وقال
مالك والشافعى رحمهما الله لا بأس به لاطلاق مارويناولان ميتة البحر موصوفة بالحل
بالحديث ولنا ماروى جابر رضى الله عنه عن النبى عليه السلام أنه قال مانضب عنه الماء
فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة
البحر مالفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر لامامات فيه من غير آفة قال (ولا بأس
باكل الجريث والمارماهى وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة) وقال مالك رحمه الله لا يحل الجراد
الا أن يقطع الآخذ رأسه أو يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق فلا يحل
الا بالقتل كما فى سائره والحجة عليه ماروينا وسئل على رضى الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل
من الارض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات
حتف أنفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد فى الطافى ثم
الاصل فى السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل كالمأخوذ واذا مات حتف أنفه من غير آفة
لا يحل كالطافى وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها فى كفاية المنتهى وعند التأمل يقف
المبرز عليها منها اذا قطع بعضها فمات أكل ما أبين وما بقى لان موته بآفة وما أبين من الحى
وان كان ميتا فميتته حلال وفى الموت بالحر والبرد روايتان والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب الاضحية ﴾

قال (الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر فى يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده
الصغار) أما الوجوب فقول أبى حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن أبى
يوسف رحمهم الله وعنه انها سنة ذكره فى الجوامع وهو قول الشافعى رحمه الله وذكر الطحاوى
رحمه الله أن على قول أبى حنيفة رحمه الله واجبة وعلى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله سنة

مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من أراد أن
يضحى منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيأ والتعليق بالارادة ينافى الوجوب ولانها لو كانت
واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان فى الوظائف المالية كالزكاة وصار
كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل
هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك
يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضى الى الوجود
ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها ويفوت
بمضى الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روى والله أعلم ما هو ضد السهو لا
التخيير والعتيرة منسوخة وهى شاة تقام فى رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية
لانها وظيفة مالية لا تتأدى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا
واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر فى الصوم وبالوقت
وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى ويجب عن نفسه لانه أصل
فى الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه فى معنى نفسه فيلحق به كما فى صدقة الفطر
وهذه رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله وروى عنه انه لا يجب عن ولده وهو ظاهر
الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس يمونه ويلى عليه وهما موجودان فى
الصغير وهذه قربة محضة والاصل فى القرب ان لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن
عبده وان كان يجب عنه صدقة فطره وان كان للصغير مال يضحى عنه أبوه أو وصيه من ماله
عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعى رحمهم الله يضحى من مال
نفسه لا من مال الصغير فالخلاف فى هذا كالخلاف فى صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال
الصغير فى قولهم جميعا لان القربة تتأدى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع ولا يجوز ذلك من مال
الصغير ولا يمكنه ان يأكل كله والاصح ان يضحى من ماله ويأكل منه ما أمكنه ويبتاع بما بقى
ما ينتفع بعينه قال (ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو بدنة عن سبعة) والقياس
ان لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهى القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روى عن
جابر رضى الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة) والبدنة عن سبعة
ولا نص فى الشاة فبقى على أصل القياس وتجوز عن خمسة أو ستة أو ثلاثة ذكره محمد رحمه الله فى
الاصل لانه لما جاز عن سبعة فعمن دونهم أولى ولا تجوز عن ثمانية أخذا بالقياس فيما لا نص
فيه وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع ولا تجوز عن الكل لانعدام وصف القربة فى

البعض

البعض وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى وقال مالك تجوز عن أهل بيت واحد وان كانوا أكثر من
سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وان كانوا أقل منها لقوله عليه السلام على كل أهل بيت فى كل
عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت لان اليسار له يؤيده مايروى على كل
مسلم فى كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز فى الاصح لانه لما جاز ثلاثة
الاسباع جاز نصف السبع تبعا له واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو
اقتسموا اجزافا لا يجوز الا اذا كان معه شئ من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع (ولو اشترى بقرة
يريد ان يضحى بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه جاز استحسانا) وفى القياس لا يجوز وهو
قول زفر لانه أعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان انه قد
يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة
فجوزناه دفعا للحرج وقد أمكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك
قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع فى القربة وعن أبى حنيفة رحمه الله
انه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا قال (وليس على الفقير والمسافر أضحية) لما بينا وأبو بكر
وعمر رضى الله عنهما كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن على رضى الله عنه ليس على المسافر
جمعة ولا أضحية قال (ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل
الامصار الذبح حتى يصلى الامام العيد فاما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر) والاصل فيه قوله
عليه السلام من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب
سنة المسلمين وقال عليه السلام ان أول نسكنا فى هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية غير ان هذا
الشرط فى حق من عليه الصلاة وهو المصرى دون أهل السواد لان التأخير لاحتمال التشاغل
به عن الصلاة ولا معنى للتأخير فى حق القروى ولا صلاة عليه وماروينا حجة على مالك والشافعى
رحمهما الله فى نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل نحر الامام ثم المعتبر فى ذلك مكان الاضحية حتى لو
كانت فى السواد والمضحى فى المصر يجوز كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد
الصلاة وحيلة المصرى اذا أراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحى بها كما طلع
الفجر هذا لانها تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضى أيام النحر كالزكاة
بهلاك النصاب فيعتبر فى الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر
لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد
ولم يصل أهل الجبانة اجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم وكذا على
عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا قال (وهى جائزة فى ثلاثة أيام يوم النحر ويومان

بعده) وقال الشافعي رحمه الله ثلاثة أيام بعده لقوله عليه السلام أيام التشريق كلها أيام ذبح
ولنا ما روى عن عمر وعلى وابن عباس رضى الله عنهم انهم قالوا أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها
وقد قالوه سماعا لان الرأى لا يهتدى الى المقادير وفى الاخبار تعارض فأخذنا بالمتيقن وهو الاقل
وأفضلها أولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى أداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح
فى لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط فى ظلمة الليل وأيام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة
والكل يمضى بأربعة أولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق
والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة وسنة والتصدق تطوع
محض فتفضل عليه ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها فى الاوقات كلها فنزلت منزلة
الطواف والصلاة فى حق الآفاقى (ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه
أو كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم
يشتر) لانها واجبة على الغنى وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت
يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز
فدية قال (ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التى لا تمشى الى المنسك ولا العجفاء) لقوله
عليه السلام لا تجزئ فى الضحايا أربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة
البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى قال (ولا تجزئ مقطوعة الاذن والذنب) اما الاذن فلقوله
عليه السلام استشرفوا العين والاذن أى اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل
مقصود فصار كالاذن قال (ولا التى ذهب أكثر أذنها وذنبها وان بقى أكثر الاذن والذنب جاز)
لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت
الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله فى مقدار الاكثر ففى الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب
أو الاذن أو العين أو الالية الثلث أو أقل أجزأه وان كان أكثر لم يجزه لان الثلث تنفذ فيه
الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى
عنه الربع لانه يحكى حكاية الكمال على ما مر فى الصلاة ويروى الثلث لقوله عليه السلام فى
حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال أبو يوسف ومحمد اذا بقى الاكثر من النصف أجزأه
اعتبارا للحقيقة على ما تقدم فى الصلاة وهو اختيار الفقيه أبى الليث وقال أبو يوسف أخبرت
بقولى أبا حنيفة فقال قولى هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول أبى يوسف وقيل معناه قولى
قريب من قولك وفى كون النصف مانعا روايتان عنهما كما فى انكشاف العضو عن أبى
يوسف ثم معرفة المقدار فى غير العين متيسر وفى العين قالوا تشد العين المعيبة بعد ان لا تعتلف

الشاة

الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأته من موضع اعلم على ذلك المكان
ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر
الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف قال (ويجوز ان
يضحى بالجماء) وهى التى لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما
قلنا (والخصى) لان لحمها أطيب وقد صح ان النبى صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين
موجوأين (والثولاء) وهى المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود اما اذا
كانت لا تعتلف فلا تجزئه (والجرباء) ان كانت سمينة جاز لان الجرب فى الجلد ولا نقصان فى اللحم
وان كانت مهزولة لا تجوز لان الجرب فى اللحم فانتقض واما الهتماء وهى التى لا اسنان لها فعن
أبى يوسف رحمه الله انه يعتبر فى الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقى ما يمكنه الاعتلاف به
أجزأه لحصول المقصود (والسكاء) وهى التى لا أذن لها خلقة لا تجوز لان مقطوع أكثر
الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن أولى (وهذا) الذى ذكرنا (ان كانت هذه العيوب قائمة
وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا
تجزئه هذه) لان الوجوب على الغنى بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه
بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما فى نصاب الزكاة وعن هذا الاصل قالوا
اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ولا شئ على الفقير ولو ضلت أو سرقت
فاشترى أخرى ثم ظهرت الاولى فى أيام النحر على الموسر ذبح احداهما وعلى الفقير ذبحهما
(ولو أضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها اجزأه استحسانا) عندنا خلافا لزفر والشافعى
رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكأنه حصل به اعتبارا وحكما (وكذا لو
تعيبت فى هذه الحالة فانفلتت ثم أخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد رحمه الله خلافا
لابى يوسف) لانه حصل بمقدمات الذبح قال (والاضحية من الابل والبقر والغنم) لانها
عرفت شرعا لم تنقل التضحية بغيرها من النبى عليه السلام ولا من الصحابة رضى الله عنهم قال
(ويجزئ من ذلك كله الثنى فصاعدا الا الضأن فان الجذع منه يجزئ) لقوله عليه السلام
ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن وقال عليه السلام نعمت
الاضحية الجذع من الضأن قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على
الناظر من بعيد والجذع من الضأن ما تمت له ستة أشهر فى مذهب الفقهاء وذكر الزعفرانى
رحمه الله ابن سبعة أشهر والثنى منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن
خمس سنين ويدخل فى البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلى والوحشى يتبع الام

لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال (واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات أحدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزأهم وان كان شريك الستة نصرانيا أو رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الاترى ان النبي عليه السلام ضحى عن أمته على مار وينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من أهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزأ في حق القربة لم يقع الكل أيضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن أبي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت (ولو ذبحوها عن صغير في الورثة أو أم ولد جاز) لما بينا انه قربة (ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا تجزئهم) لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال (ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر) لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن أكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز أكله وهو غني جاز ان يؤكله غنيا (ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث) لان الجهات ثلاث الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا قال (ويتصدق بجلدها) لانه جزء منها (أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال ونحوها) لان الانتفاع به غير محرم (ولا بأس بان يشترى به ما ينتفع به في البيت بعينه مع بقائه) استحسانا وذلك مثل ماذكرنا لان للبدل حكم المبدل (ولا يشترى به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير) اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد أو اللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم (ولا يعطى اجرة الجزار من الاضحية) لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط أجر الجزار منها شيأ والنهي عنه نهي عن البيع أيضا لانه في معنى البيع (ويكره ان يجز صوف أضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها) لانه التزم اقامة القربة بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه أقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف

قال

قال (والافضل ان يذبح أضحيته بيده ان كان يحسن الذبح) وان كان لا يحسنه فالافضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضى الله عنها قومى فاشهدى أضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال (ويكره ان يذبحها الكتابى) لانه عمل هو قربة وهو ليس من أهلها ولو أمره فذبح جاز لانه من أهل الذكاة والقربة أقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا أمر المجوسى لانه ليس من أهل الذكاة فكان افسادا قال (واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر أجزأ عنهما ولا ضمان عليهما) وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح أضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزئه عن الاضحية فى القياس وهو قول زفر رحمه الله وفى الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحى بها بعينها فى أيام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون أهلا للذبح آذنا له دلالة لانها تفوت بمضى هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها بعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته أمر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه أو يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له به مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهى ان من طبخ لحم غيره أو طحن حنطته أو رفع جرته فانكسرت أو حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم فى القدر والقدر على الكانون والحطب تحته أو جعل الحنطة فى الدورق وربط الدابة عليه أو رفع الجرة وامالها الى نفسه أو حمل على دابته فسقط فى الطريق فاوقد هو النار فيه فطبخه أو ساق الدابة فطحنها أو اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما أو حمل على دابته ما سقط فعطبت لا يكون ضامنا فى هذه الصور كلها استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا نقول فى مسئلة الكتاب ذبح كل واحد منهما أضحية غيره بغير اذنه صريحا فهى خلافية زفر بعينها ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخه من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كانا قد أكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو أطعمه فى الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله فى الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع أضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه (ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن

اضحيته) لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف مالو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله اعلم

﴿كتاب الكراهية﴾

قال رضى الله عنه تكلموا فى معنى المكروه والمروى عن محمد رحمه الله نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها

﴿فصل﴾ فى الاكل والشرب قال (ابو حنيفة يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بابوال الابل) وتأويل قول ابى يوسف انه لا بأس بها للتداوى وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم فى الصلاة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه قال (ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب فى آنية الذهب والفضة للرجال والنساء) لقوله عليه السلام فى الذى يشرب فى اناء الذهب والفضة انما يجرجر فى بطنه نار جهنم واتى ابو هريرة بشراب فى اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا ثبت هذا فى الشرب فكذا فى الادهان ونحوه لانه فى معناه ولانه تشبه بزى المشركين وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين وقال فى الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوى فيه الرجال والنساء لعموم النهى وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذلك ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال (ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق) وقال الشافعى رحمه الله يكره لانه فى معنى الذهب والفضة فى التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال (ويجوز الشرب فى الاناء المفضض عند ابى حنيفة رحمه الله والركوب على السرج المفضض والجلوس على الكرسى المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقى موضع الفضة) ومعناه يتقى موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد فى الاخذ وفى السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروى مع ابى حنيفة ويروى مع ابى يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسى المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك فى السيف والمشحذ وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف فى اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص واما التمويه الذى لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابى حنيفة رحمه الله ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة

المكفوفة بالحرير والعلم فى الثوب ومسمار الذهب فى الفص قال (ومن أرسل أجيراله مجوسيا
أوخادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودى أو نصرانى أو مسلم وسعه أكله) لان قول الكافر
مقبول فى المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة
ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات (وان كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه) معناه اذا كان
ذبيحة غير الكتابى والمسلم لانه لما قبل قوله فى الحل أولى أن يقبل فى الحرمة قال (ويجوز أن
يقبل فى الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبى) لان الهدايا تبعث عادة على ايدى هؤلاء
وكذا لايمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب فى الارض والمبايعة فى السوق فلو
لم يقبل قولهم يؤدى الى الحرج وفى الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثنى مولاى اليك هدية
وسعه أن يأخذها لانه لافرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو نفسها لما قلنا قال (ويقبل
فى المعاملات قول الفاسق ولا يقبل فى الديانات الاقول العدل) ووجه الفرق أن المعاملات يكثر
وجودها فيما بين أجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدى الى الحرج فيقبل قول الواحد
فيها عدلا كان أو فاسقا كافرا كان أو مسلما عبدا كان أو حرا ذكرا كان أو أنثى دفعا للحرج اما
الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز أن يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل
فيها الاقول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم بخلاف
المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام فى ديارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله
فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل فيها قول المستور فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة انه يقبل قوله
فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفى ظاهر الرواية هو والفاسق فيه سواء حتى يعتبر
فيهما أكبر الرأى قال (ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا) لان عند العدالة
الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ماذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات
الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا أخبره مسلم مرضى لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا أو
مستورا تحرى فان كان أكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ به وان أراق الماء ثم تيمم كان أحوط
ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحرى فمجرد ظن ولو
كان أكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحرى وهذا جواب الحكم
فاما فى الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها
تفاصيل وتفريعات ذكرناها فى كفاية المنتهى قال (ومن دعى الى وليمة أو طعام فوجد ثمة لعبا أو
غناء فلا بأس بان يقعد ويأكل) قال أبو حنيفة ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة
سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة

من غيره كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى به فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان فى ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكى عن ابى حنيفة رحمه الله فى الكتاب كان قبل أن يصير مقتدى به ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغى أن يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسئلة على ان الملاهى كلها حرام حتى التغنى بضرب القضيب وكذا قول ابى حنيفة رحمه الله ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

﴿فصل فى اللبس﴾ قال (لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء) لان النبى عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له فى الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو مارواه عدة من الصحابة رضى الله عنهم منهم على رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان محرمان على ذكور امتى حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم (الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلاثة اصابع أو اربعة كالاعلام والمكفوف بالحرير) لما روى انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين أو ثلاثة أو اربعة أراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال (ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبى حنيفة وقالا يكره) وفى الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول أبى يوسف وانما ذكره القدورى وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف فى ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات ولانه من زى الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام وقال عمر رضى الله عنه اياكم وزى الاعاجم وله ماروى انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضى الله عنهما مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال (ولا بأس بلبس الحرير والديباج فى الحرب عندهما) لما روى الشعبى رحمه الله انه عليه السلام رخص فى لبس الحرير والديباج فى الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح وأهيب فى عين العدو لبريقه (ويكره عند أبى حنيفة رحمه الله) لانه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذى لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح الا لضرورة ومارواه محمول على المخلوط قال (ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز فى الحرب وغيره) لان الصحابة

رضى

رضى الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هى المعتبرة دون السدى وقال أبى يوسف رحمه الله أكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا أرى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال (وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا بأس به فى الحرب) للضرورة (ويكره فى غيره) لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا قال (ولا يجوز للرجال التحلى بالذهب) لما روينا (ولا بالفضة) لانها فى معناه (الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة) تحقيقا لمعنى النموذج والفضة أغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء فى اباحة ذلك آثار وفى الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على أن التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على رجل خاتم صفر فقال مالى أجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال مالى أرى عليك حلية أهل النار ومن الناس من أطلق فى الحجر الذى يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب فى الكتاب يدل على تحريمه (والتختم بالذهب على الرجال حرام) لما رويناه عن على رضى الله عنه أن النبى عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم أو النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هى المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين فى حقهن وانما يتختم القاضى والسلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل أن يترك لعدم الحاجة اليه قال (ولا بأس بمسمار الذهب يجعل فى حجر الفص) أى فى ثقبه لانه تابع كالعلم فى الثوب فلا يعد لابساله قال (ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا بأس بالذهب أيضا وعن أبى يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما لهما أن عرفجة بن أسعد الكنانى أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفا من فضة فانتن فامره النبى عليه السلام بان يتخذ أنفا من ذهب ولابى حنيفة رحمه الله أن الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهى الادنى فبقى الذهب على التحريم والضرورة فيما روى لم تندفع فى الانف دونه حيث أنتن قال (ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير) لان التحريم لما ثبت فى حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها قال (وتكره الخرقة التى تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر (وكذا التى يمسح بها الوضوء أو يمتخط بها) وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره

اذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع فى الجلوس (ولا باس بان يربط الرجل فى اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة) ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم

لا ينفعنك اليوم ان همت بهم * كثرة ماتوصى وتعقاد الرتم

وقد روى ان النبى عليه السلام امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان

﴿فصل فى الوطء والنظر والمس﴾ قال (ولا يجوز ان ينظر ذلك الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها) لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ماظهر منها قال على وابن عباس رضى الله عنهما ماظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة موضعها ولان فى ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابى حنيفة رحمه الله انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابى يوسف رحمه الله انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة قال (فان كان لا يأمن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة) لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة صب فى عينيه الآنك يوم القيمة فان خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على انه لا يباح اذا شك فى الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رأيه ذلك (ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفيها وان كان يأمن الشهوة) لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روى ان ابابكر رضى الله عنه كان يدخل بعض القبائل التى كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبدالله بن الزبير رضى الله عنه استاجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلى رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا وان كان لا يأمن عليها لا تحل له مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة (والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها) لعدم خوف الفتنة قال (ويجوز للقاضى اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد اداء الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهى) للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغى ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء (ومن اراد ان يتزوج امرأة

فلا بأس بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها) لقوله عليه السلام فيه أبصرها فانه أحرى ان
يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لاقضاء الشهوة (ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع
المرض منها) للضرورة (وينبغي ان يعلم امرأة مداواتها) لان نظر الجنس الى الجنس أسهل (فان
لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض) ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ماثبت
بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان (وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع
الاحتقان من الرجل) لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ماروى عن أبي
يوسف لانه امارة المرض قال (وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا مابين سرته الى
ركبته) لقوله عليه السلام عورة الرجل مابين سرته الى ركبته ويروى مادون سرته حتى
يجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي رحمه الله
والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر ومادون السرة
الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل الكماري رحمه الله معتمدا
فيه العادة لانه لامعتبر بها مع النص بخلافه وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه
السلام انه قال الركبة من العورة وأبدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها
أبو هريرة رضي الله عنه وقال عليه السلام لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة ولان
الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في
الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السوأة حتى ان كاشف الركبة ينكر
عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب ان لج (ومايباح النظر اليه
للرجل من الرجل يباح المس) لانهما فيما ليس بعورة سواء قال (ويجوز للمرأة ان تنظر من
الرجل الى ماينظر الرجل اليه منه اذا أمنت الشهوة) لاستواء الرجل والمرأة في النظر الى ماليس
بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبي بمنزلة
نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة أو أكبر رأيها
انها تشتهي أو شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو
بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو
كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة في الجانبين موجودة ولا كذلك اذا اشتهت
المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق
من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق في جانب واحد قال (وتنظر المرأة من المرأة
الى مايجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل) لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل
الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن أبي حنيفة رحمه الله ان

نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون
الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول أصح قال (وينظر الرجل من أمته التى تحل
له وزوجته الى فرجها) وهذا اطلاق فى النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل
فيه قوله عليه السلام غض بصرك الاعن أمتك وامرأتك ولان مافوق ذلك من المسيس
والغشيان مباح فالنظر أولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله
عليه السلام اذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث
النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضى الله عنهما يقول الاولى ان ينظر ليكون أبلغ فى تحصيل
معنى اللذة قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين
العضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها) والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن
الا لبعولتهن الآية والمراد والله أعلم مواضع الزينة وهى ماذكر فى الكتاب ويدخل فى ذلك
الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك مواضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها
ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة
فى بيتها فى ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الحرج وكذا الرغبة تقل
للحرمة المؤبدة فقلما تشتهى بخلاف ماوراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا تجوز
المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه
وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح فى الاصح لما بينا قال (ولا باس بان يمس ما جاز ان ينظر
اليه منها) لتحقق الحاجة الى ذلك فى المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية
وكفيها حيث لا يباح المس وان أبيح النظر لان الشهوة متكاملة (الا اذا كان يخاف عليها أو على
نفسه الشهوة) فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر
واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب (ولا باس بالخلوة
والمسافرة بهن) لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها الا ومعها زوجها
أو ذو رحم محرم منها وقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما
الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا باس بان يمسها من
وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا أمنا الشهوة فان خافها على نفسه أو عليها
تيقنا أو ظنا أو شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلا
وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن
قلبه بقدر الامكان قال (وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه من ذوات

محارمه) لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم أضيافه وهى فى ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت فى حق الاجانب كحال المرأة داخله فى حق محارم الاقارب وكان عمر رضى الله عنه اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال ألق عنك الخمار يادفار اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله انه يباح الا الى مادون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما فى المحارم بل أولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها فى الاماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وأم الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند أبى حنيفة رحمه الله على ماعرف واما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما فى المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة فيهن وفى الاركاب والانزال اعتبر محمد رحمه الله فى الاصل الضرورة فيهن وفى ذوات المحارم مجرد الحاجة قال (ولا بأس بان يمس ذلك اذا أراد الشراء وان خاف ان يشتهى) كذا ذكر فى المختصر وأطلق أيضا فى الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر فى هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى أو كان أكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفى غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال (واذا حاضت الامة لم تعرض فى ازار واحد) ومعناه بلغت وهذا موافق لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رحمه الله انها اذا كانت تشتهى ويجامع مثلها فهى كالبالغة لا تعرض فى ازار واحد لوجود الاشتهاء قال (والخصى فى النظر الى الاجنبية كالفحل) لقول عائشة رضى الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث فى الردىء من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال (ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبى النظر اليه منها) وقال مالك رحمه الله هو كالمحرم وهو احد قولى الشافعى رحمه الله لقوله تعالى أو ماملكت أيمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استئذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح فى الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها فى الاناث دون الذكور قال (ويعزل عن أمته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها) لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى أمة اعزل عنها ان شئت ولان الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير فى الجب والعنة ولا حق للامة فى الوطء فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كان تحته

أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح

﴿فصل في الاستبراء وغيره﴾ قال (ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) والاصل فيه قوله عليه السلام في سبايا أوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة أفاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشترى لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطء والمشترى هو الذى يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذا يجب على المشترى من مال الصبي ومن المرأة ومن المملوك وممن لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحيضة التى اشتراها في أثنائها ولا بالحيضة التى حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف رحمه الله تعالى لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولى وان كانت في يد المشترى ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها شراء صحيحا لما قلنا (ويجب في جارية للمشترى فيها شقص فاشترى الباقى) لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التى حاضتها بعد القبض وهى مجوسية أو مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتض للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض (ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة أو ردت المغصوبة أو المؤاجرة أو فكت المرهونة) لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطء حرم الدواعى لافضائها اليه أو لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعى فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في

الدواعي لا يفضي الى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول أصدق الرغبات فتفضي اليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد رحمه الله أنها لا تحرم لانها لا يحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بينا (والاستبراء في الحامل بوضع الحمل) لما روينا (وفي ذوات الاشهر بالشهر) لانه أقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة (واذا حاضت في أثنائه بطل الاستبراء بالايام) للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في المعتدة فان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين أنها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين أو ثلاثة وعن محمد أربعة أشهر وعشرة أيام وعنه شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة الحرة والامة في الوفاة وعن زفر رحمه الله سنتان وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله قال (ولا بأس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند أبي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله) وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والمأخوذ قول أبي يوسف فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة أن يزوجها البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها أو يقبضها أو يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر أوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال (ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر) لانه لما حرم الوطء الى أن يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض عند شطر عمرها والصوم عند شهر فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها وقد صح ان النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال (ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها) واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطأ لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطئهما ولو وطئهما فليس له ان يجامع احداهما ولا ان ياتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة أو نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا أن يملك فرج الاخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها لانه لما

حرم عليه فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطء يحرم به وكذا اعتاق البعض من احداهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق فى هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله وبرهن احداهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى الا يرى انها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احداهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطء الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح فى التحريم ولو وطئ احداهما حل له وطء الموطوأة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطء الاخرى لا بوطء الموطوأة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين قال (ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيأ منه او يعانقه) وذكر الطحاوى ان هذا قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى ان النبى عليه السلام عانق جعفرا رضى الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روى ان النبى عليه السلام نهى عن المكامعة وهى المعانقة وعن المكاعمة وهى التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قالوا الخلاف فى المعانقة فى ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة فلا بأس بها بالاجماع وهو الصحيح قال (ولا بأس بالمصافحة) لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

﴿فصل فى البيع﴾ قال (ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة) وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى فى الاراضى لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه ينتفع بها الا مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروى عن محمد رحمه الله وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط فى الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة قال (ومن علم بجارية انها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلنى صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطأها) لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد فى المعاملات مقبول على اى وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لى او تصدق بها على لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان عدالة المخبر فى المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وان كان اكبر رأيه

انه كاذب لم يسع له أن يتعرض لشئ من ذلك لان أكبر الرأى يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم
أنها لفلان ولكن أخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها أو اشتراها منه والمخبر ثقة قبل
قوله وان لم يكن ثقة يعتبر أكبر رأيه لان اخباره حجة فى حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشئ
فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثانى لان يد الاول دليل ملكه وان كان
لا يعرف ذلك له أن يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك فى حق الفاسق
والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأى عند وجود الدليل الظاهر الا أن يكون
مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له أن يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى أن يكون فى سعة
من ذلك لاعتماده الدليل الشرعى وان كان الذى أتاه بها عبدا أو أمة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل
لان المملوك لا ملك له فيعلم أن الملك فيها لغيره فان أخبره أن مولاه اذن له وهو ثقة قبل وان لم
يكن ثقة يعتبر اكبر الرأى وان لم يكن له رأى لم يشترها لقيام الحاجز فلا بد من دليل قال (ولو
أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثا أو كان غير ثقة واتاها بكتاب من
زوجها بالطلاق ولا تدرى أنه كتابه أم لا الا ان أكبر رأيها أنه حق) يعنى بعد التحرى (فلا بأس
بان تعتد ثم تتزوج) لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقنى زوجى وانقضت
عدتى فلا بأس أن يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتى وتزوجت بزوج
آخر ودخل بى ثم طلقنى وانقضت عدتى فلا بأس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت
جارية كنت أمة لفلان فاعتقنى لان القاطع طارئ ولو أخبرها مخبر ان أصل النكاح كان فاسدا
أو كان الزوج حين تزوجها مرتدا أو أخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان
أو رجل وامرأتان وكذا اذا أخبره مخبر انك تزوجتها وهى مرتدة أو اختك من الرضاعة
لم يتزوج باختها أو اربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه أخبر بفساد مقارن والاقدام على
العقد يدل على صحته وانكار فساده فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة
فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه أو اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ
والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق
ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها فى يد رجل يدعى انها له فلما كبرت لقيها رجل فى بلد
آخر فقالت أنا حرة الاصل لم يسعه أن يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال
(واذا باع المسلم خمرا وأخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه وان كان
البائع نصرانيا فلا بأس به) والفرق أن البيع فى الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال
متقوم فى حق المسلم فبقى الثمن على ملك المشترى فلا يحل أخذه من البائع. وفى الوجه الثانى صح

البيع لانه مال متقوم فى حق الذمى فملكه البائع فيحل الاخذ منه قال (ويكره الاحتكار فى أقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك فى بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك التلقى فاما اذا كان لا يضر فلا بأس به) والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفى الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذا التلقى على هذا التفصيل لان النبى عليه السلام نهى عن تلقى الجلب وعن تلقى الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقى على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه فى الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا أو فضة أو ثوبا وعن محمد رحمه الله انه قال لا احتكار فى الثياب فابو يوسف رحمه الله اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر فى الكراهة وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هى مقدرة بأربعين يوما لقول النبى عليه السلام من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر فى غير موضع ويقع التفاوت فى المأثم بين أن يتربص العزة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة فى الدنيا أما يأثم وان قلت المدة والحاصل أن التجارة فى الطعام غير محمودة قال (ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر) أما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى أن له أن لا يزرع فكذلك له أن لا يبيع وأما الثانى فالمذكور قول أبى حنيفة رحمه الله لان حق العامة انما يتعلق بما جمع فى المصر وجلب الى فنائها وقال أبو يوسف رحمه الله يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد رحمه الله كل ما يجلب منه الى المصر فى الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال (ولا ينبغى للسلطان أن يسعر على الناس) لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغى للامام أن يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضى هذا الامر يامر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة فى ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان أرباب الطعام يتحكمون

ويتعدون

ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من أهل الرأي والبصيرة فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه أجازه القاضي وهذا ظاهر عند أبي حنيفة رحمه الله لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا أن يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان أبا حنيفة رحمه الله يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال (ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة) معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال (ولا باس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمرا) لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغييره بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال (ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة أو بيعة أو يباع فيه الخمر بالسواد فلا باس به) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا ينبغي ان يكريه لشئ من ذلك لانه اعانة على المعصية وله أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب أهلها أهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها أيضا وهو الاصح قال (ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يكره له ذلك) لانه اعانة على المعصية وقد صح أن النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله أن المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال (ولا باس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع أرضها) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا باس ببيع أرضها أيضا وهذا رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة قوله عليه السلام الا أن مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر آية أثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها أيضا لقوله عليه السلام من آجر ارض مكة فكانما أكل الربا ولان أراضي مكة تسمى السوائب على

عهد رسول الله عليه السلام من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك) لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو أن يأخذ منه ما شاء حالا فحالا ونهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا وينبغى أن يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزأ فجزأ لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لاشئ على الآخذ والله أعلم

(مسائل متفرقة) قال (ويكره التعشير والنقط فى المصحف) لقول ابن مسعود رضى الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفى التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآى والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا فى زماننا لابد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال (ولا بأس بتحلية المصحف) لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال (ولا بأس بان يدخل أهل الذمة المسجد الحرام) وقال الشافعى رحمه الله يكره ذلك وقال مالك رحمه الله يكره فى كل مسجد للشافعى رحمه الله قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ماروى ان النبى عليه السلام أنزل وفد ثقيف فى مسجده وهم كفار ولان الخبث فى اعتقادهم فلا يؤدى الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت عادتهم فى الجاهلية قال (ويكره استخدام الخصيان) لان الرغبة فى استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال (ولا بأس باخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل) لان فى الاول منفعة للبهيمة والناس وقد صح ان النبى عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال (ولا بأس بعيادة اليهودى والنصرانى) لانه نوع بر فى حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح ان النبى عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره قال (ويكره أن يقول الرجل فى دعائه أسألك بمعقد العز من عرشك) وللمسئلة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب فى كراهية الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن أبى يوسف رحمه الله انه لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله لانه مأثور عن النبى عليه السلام روى انه كان من دعائه اللهم انى أسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط فى الامتناع (ويكره أن يقول الرجل فى دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك) لانه لا حق للمخلوق على الخالق قال (ويكره اللعب بالشطرنج والنرد

والاربعة عشر وكل لهو) لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر بها فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل الا الثلاث تاديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكى عن الشافعى رحمه الله ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنردشير فكانما غمس يده فى دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما ألهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متأول فيه وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير أبو حنيفة رحمه الله به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال (ولا باس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير) وهذا استحسان وفى القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من أهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان رضى الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضى الله عنها وكانت مكاتبة وأجاب رهط من الصحابة رضى الله عنهم دعوة مولى أبى أسيد وكان عبدا ولان فى هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة فى الكسوة واهداء الدراهم فيبقى على أصل القياس قال (ومن كان فى يده لقيط لا أب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) وأصل هذا ان التصرف على الصغار أنواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولى كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولى هو الذى قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الاظآر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان فى حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولى أولى به الا أنه لا يشترط فى حق الولى أن يكون الصبى فى حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبى بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبى فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق قال (ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره ويجوز للام أن تؤاجر ابنها اذا كان فى حجرها ولا يجوز للعم) لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم (ولو أجر الصبى نفسه لا يجوز) لانه مشوب بالضرر (الا اذا فرغ من العمل) لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه قال (ويكره أن يجعل الرجل فى عنق عبده الراية) ويروى الداية وهو طوق الحديد الذى يمنعه من أن يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة أهل النار فيكره كالاحراق

بالنار (ولا يكره أن يقيده) لانه سنة المسلمين فى السفهاء وأهل الدعارة فلا يكره فى العبد تحرزا
عن اباقه وصيانة لماله قال (ولا باس بالحقنة يريد به التداوى) لان التداوى مباح بالاجماع
وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا أنه لا ينبغى أن يستعمل المحرم كالخمر
ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال (ولا باس برزق القاضى) لانه عليه السلام بعث عتاب
ابن أسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون
نفقته فى مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من أسباب النفقة كما فى الوصى والمضارب
اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استئجار على
الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو أفضلها ثم القاضى اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ
لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا
فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء عن
الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل
على أنه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه فى أول السنة لان الخراج يؤخذ فى أول السنة
وهو يعطى منه وفى زماننا الخراج يؤخذ فى آخر السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة
الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف
معروف فى نفقة المرأة اذا ماتت فى السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال
(ولا باس بان تسافر الامة وأم الولد بغير محرم) لان الاجانب فى حق الاماء فيما يرجع
الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وأم الولد أمة لقيام الملك فيها وان امتنع
بيعها والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب احياء الموات ﴾

قال (الموات ما لا ينتفع به من الاراضى لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك
مما يمنع الزراعة) سمى بذلك لبطلان الانتفاع به قال (فما كان منها عاديا لا مالك له أو كان مملوكا
فى الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من أقصى العامر
فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات) قال رضى الله عنه هكذا ذكره القدورى ومعنى العادى
ما قدم خرابه والمروى عن محمد رحمه الله انه يشترط أن لا يكون مملوكا لمسلم أو ذمى مع انقطاع
الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا فاما التى هى مملوكة لمسلم أو ذمى لا تكون مواتا واذا لم يعرف
مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن
القرية على ما قال شرطه أبو يوسف لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق
أهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وان كان

قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهرزاده وشمس الائمة السرخسي رحمه الله
اعتمد على ما اختاره أبو يوسف رحمه الله (ثم من أحياه باذن الامام ملكه وان أحياه بغير اذنه
لم يملكه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه) لقوله عليه السلام من أحيا أرضا ميتة فهي له
ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه
السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه وما روياه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه
مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام
كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء
الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو أحياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل
الثاني أحق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني أحق بها والاصح ان
الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك
وملكه لا يزول بالترك ومن أحيا أرضا ميتة ثم أحاط الاحياء بجوانبها الاربعة من أربعة نفر
على التعاقب فعن محمد رحمه الله أن طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع
ابطال حقه قال (ويملكه الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم) لان الاحياء سبب الملك الا ان عند أبي
حنيفة رحمه الله اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء على
أصلنا قال (ومن حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها الى غيره) لان
الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج فاذا لم تحصل
يدفع الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو
العمارة والتحجير الاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله أو يعلمونه لحجر
غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر
رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق ولانه اذا أعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى
وطنه وزمان يهيئ أموره فيه ثم زمان يرجع فيه الى ما يحجره فقدرناه بثلاث سنين لان ما دونها
من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا
كله ديانة فاما اذا أحياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول فصار
كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا
يابسة أو نقى الارض وأحرق ما فيها من الشوك أو خضد ما فيها من الحشيش أو الشوك وجعلها
حولها وجعل التراب من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول أو حفر من بئر ذراعا أو
ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد رحمه الله أنه احياء ولو فعل أحدهما

يكون تحجيرا ولو حفر أنهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان كان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها أو سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال (ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم) لتحقق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز أن يقطع الامام ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التى يستقى الناس منها لما ذكرنا قال (ومن حفر بئرا فى برية فله حريمها) ومعناه اذا حفر فى أرض موات باذن الامام عنده أو باذنه أو بغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء قال (فان كانت للعطن فحريمها أربعون ذراعا) لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح أنه من كل جانب لان فى الاراضى رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها (وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند أبى حنيفة رحمه الله أربعون ذراعا) لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى أن يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما روينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف فى قبوله والعمل به ولان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمله فى موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقى من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه أن يدير البعير حول البئر فلا يحتاج فيه الى زيادة مسافة قال (وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع) لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجرى فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع يجرى فيه الى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا فى العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير فى العين والبئر بما ذكرناه فى أراضيهم لصلابة بها وفى أراضينا رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثانى فيتعطل الاول قال (فمن أراد أن يحفر فى حريمها منع منه) كيلا يؤدى الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف فى ملكه فان احتفر آخر بئرا فى حد حريم الاولى للاول أن يصلحه ويكبسه تبرعا ولو أراد أخذ الثانى فيه قيل له أن يأخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما فى الكناسة يلقيها فى دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه

النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره فى أدب القاضى للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب فى الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا ان كان بغير اذنه عندهما والعذر لابى حنيفة رحمه الله انه يجعل فى الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه وما عطب فى الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر فى ملك غيره وان حفر الثانى بئرا وراء حريم الاولى فذهب ماء البئر الاولى فلا شئ عليه لانه غير متعد فى حفرها وللثانى الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه (والقناة لها حريم بقدر ما يصلحها) وعن محمد رحمه الله انه بمنزلة البئر فى استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الارض لانه نهر فى التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع (والشجرة تغرس فى أرض موات لها حريم أيضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا فى حريمها) لانه يحتاج الى حريم له يجد فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة أذرع من كل جانب به ورد الحديث قال (وما ترك الفرات أو الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه) لحاجة العامة الى كونه نهرا (وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر) لانه ليس فى ملك أحد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم فى يد الامام قال (ومن كان له نهر فى أرض غيره فليس له حريم عند أبى حنيفة رحمه الله الا ان يقيم بينة على ذلك وقالا له مسناة النهر يمشى عليها ويلقى عليها طينه) قيل هى المسئلة بناء على ان من حفر نهرا فى أرض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشى لتسييل الماء ولا يمكنه المشى عادة فى بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان القياس يا باه على ماذكرناه وفى البئر عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه فى النهر لان الانتفاع بالماء فى النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن فى البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق ووجه البناء ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على مانذكره ان شاء الله تعالى وان كانت مسئلة مبتدأة فلهما ان الحريم فى يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وله أنه أشبه بالارض صورة ومعنى اما صورة فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن فى يده ما هو أشبه به كاثنين تنازعا فى مصراع باب ليس فى يدهما والمصراع الآخر

معلق على باب أحدهما يقضى للذى فى يده ماهو أشبه بالمتنازع فيه والقضاء فى موضع الخلاف
قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه ان
كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن أرضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب
النهر لاملكه كالحائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه (وفى
الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة أرض تلزقها وليست المسناة
فى يد أحدهما فهى لصاحب الارض عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا هى لصاحب النهر حريما
لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة فى يد أحدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين
ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل
أولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف أيضا
وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء
الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك مالم يفحش واما المرور فقد قيل
يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه أبو جعفر آخذ بقوله فى الغرس
وبقولهما فى القاء الطين ثم عن أبى يوسف رحمه الله ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل
جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا أرفق بالناس ❊فصول فى مسائل الشرب❊
❊فصل فى المياه ❊ واذا كان لرجل نهر أو بئر أو قناة فليس له أن يمنع شيأ من الشفة والشفة
الشرب لبنى آدم والبهائم) اعلم ان المياه أنواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق
الشفة وسقى الاراضى حتى ان من أراد ان يكرى نهرا منها الى أرضه لم يمنع من ذلك والانتفاع
بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على أى وجه شاء والثانى
ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق
وحق سقى الاراضى فان أحيا واحد ارضا ميتة وكرى منها نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة
ولا يكون النهر فى ملك أحد له ذلك لانها مباحة فى الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر
بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك فى ان يميل الماء الى هذا الجانب اذا
انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضى وعلى هذا نصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى
كشقه للسقى به والثالث اذا دخل الماء فى المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عليه
السلام الناس شركاء فى ثلاث فى الماء والكلا والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص منه
الاول وبقى الثانى وهو الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه
كالظبى اذا تكنس فى أرضه ولان فى ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب

الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع عنه أفضى الى حرج عظيم فان أراد رجل
ان يسقى بذلك أرضا أحياها كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم أولم يضر لانه حق خاص
لهم ولا ضرورة ولانا لو أبحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز فى الاوانى وانه
صار مملوكا له بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما فى الصيد المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة
نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان فى موضع يعز وجوده وهو يساوى نصابا لم
تقطع يده ولو كان البئر أو العين أو الحوض أو النهر فى ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من
الدخول فى ملكه اذا كان يجد ماء آخر بقرب من هذا الماء فى غير ملك أحد وان كان لا يجد
يقال لصاحب النهر اما ان تعطيه الشفة أو تتركه يأخذه بنفسه بشرط أن لا يكسر ضفته وهذا
مروى عن الطحاوى رحمه الله وقيل ماقاله صحيح فيما اذا احتفر فى أرض مملوكة له أما اذا
احتفرها فى أرض موات فليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا
يقطع الشركة فى الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه أو ظهره العطش له ان يقاتله
بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء فى البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء
المحرز فى الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل
فى البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعصا الا انه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير
له والشفة اذا كان يأتى على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشى كثرة
ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا تردها فى كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل
فى قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بسقى المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم
ان يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب فى الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل
يؤدى الى الحرج وهو مدفوع وان أراد ان يسقى شجرا أو خضرا فى داره حملا بجراره له ذلك
فى الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقى أرضه ونخله
وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنعه من ذلك لان الماء متى دخل
فى المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لان فى ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق
صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فان أذن له
صاحبه فى ذلك أو أعاره فلا بأس به لانه حقه فتجرى فيه الاباحة كالماء المحرز فى انائه والله سبحانه
وتعالى اعلم بالصواب

﴿فصل فى كرى الانهار﴾ قال رضى الله عنه الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه
فى المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه فى القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل

ماؤه فى القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفة به وعدمه فالاول كريه على
السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من
مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثانى للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن
فى بيت المال شئ فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذهم لا يقيمونها بانفسهم
وفى مثله قال عمر رضى الله عنه لو تركتم لبعتم أولادكم الا أنه يخرج له من كان يطيقه ويجعل
مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم وأما الثانى فكريه على أهله لا على بيت المال لان
الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن أبى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر
العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبى خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو أرادوا ان
يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضى وفساد الطرق يجبر الآبى والا فلا لانه
موهوم بخلاف الكرى لانه معلوم وأما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على أهله لما بينا
ثم قيل يجبر الآبى كما فى الثانى وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه
عنهم بالرجوع على الآبى بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضى فاستوت الجهتان بخلاف ما تقدم
ولا يجبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه فاذا جاوز
أرض رجل رفع عنه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا هى عليهم جميعا من أوله الى آخره
بحصص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا فى الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من
الماء فيه وله ان المقصد من الكرى الانتفاع بالسقى وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انفاع
غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع
الماء عن أرضه بسده من أعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز أرضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز
فوهة نهره وهو مروى عن محمد رحمه الله والاول أصح لان له رايا فى اتخاذ الفوهة من أعلاه
وأسفله فاذا جاوز الكرى أرضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له أن يفتح الماء ليسقى أرضه لانتهاء
الكرى فى حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على أهل الشفة من
الكرى شئ لانهم لا يحصون ولانهم اتباع

(فصل فى الدعوى والاختلاف والتصرف فيه) قال (وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا
لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه
الدعوى (واذا كان نهر لرجل يجرى فى ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجرى النهر فى أرضه
ترك على حاله) لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن فى يده
ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له أو انه قد كان مجراه له فى هذا النهر يسوقه الى أرضه

ليسقيها

ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملكاله أوحقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب فى نهر او على
سطح أوالميزاب أوالممشى فى دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره فى الشرب (واذا كان نهر بين
قوم واختصموا فى الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم) لان المقصود الانتفاع بسقيها
فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو فى الدار الواسعة والضيقة على نمط
واحد فان كان الاعلى منهم لايشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين
ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على أن يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته أواصطلحوا
على أن يسكر كل رجل منهم فى نوبته جاز لان الحق له الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر
بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم أن يكرى منه نهرا أو
ينصب عليه رحى ماء الا برضا أصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء
الا أن يكون رحى لايضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها فى أرض صاحبها لانه تصرف فى ملك
نفسه ولا ضرر فى حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء أن يتغير عن
سننه الذى كان يجرى عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة
طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فاراد أن
يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك أو كان مقنطرا مستوثقا فاراد أن ينقض ذلك ولا يزيد ذلك
فى أخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف فى خاص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء
بأخذ زيادة الماء ويمنع من أن يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه
فى أخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر
فيجعلها فى أربعة أذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء بخلاف ما اذا أراد أن
يسفل كواه أو يرفعها حيث يكون له ذلك فى الصحيح لان قسمة الماء فى الاصل باعتبار سعة
الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة
ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد أحدهم أن يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم
يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة فى نهر خاص ليس لواحد
أن يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى فى النهر
الاعظم لان لكل منهم أن يشق نهرا منه ابتداء فكان له أن يزيد فى الكوى بالطريق الاولى
(وليس لاحد من الشركاء فى النهر أن يسوق شربه الى أرض له أخرى ليس لها فى ذلك شرب)
لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه (وكذا اذا أراد أن يسوق شربه فى أرضه الاولى
حتى ينتهى الى هذه الارض الاخرى) لانه يستوفى زيادة على حقه اذ الارض الاولى

تنشف بعض الماء قبل أن تسقى الاخرى وهو نظير طريق مشترك اذا أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا الى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي يفتحها في هذا الطريق ولو أراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا أن يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل أن ينقض ذلك وكذا لوارثه من بعده لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك يعني بهذه العقود حيث لا تجوز العقود اما للجهالة أو للغرر أو لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشئ من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون أرض كما في حال حياته وكيف يصنع الامام الاصح ان يضمه الى أرض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت أرضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف من الثمن الى ثمن الارض والفاضل الى قضاء الدين (واذا سقى الرجل أرضه أو مخرها ماء) أي ملاها (فسال من مائها في أرض رجل فغرقها أو نزت أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها) لانه غير متعد فيه والله أعلم

﴿كتاب الاشربة﴾

سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال (الاشربة المحرمة أربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلى واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه) وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير (ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلى) اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع أحدها في بيان مائيتها وهي النئ من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا اسم خاص باطباق أهل اللغه فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية وانما سمى خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان

النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا
كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله والثانى أريد به بيان الحكم اذ هو
للائق بمنصب الرسالة والثانى فى حق ثبوت هذا الاسم وهذا الذى ذكره فى الكتاب قول أبى
حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت به
وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر فى الفساد بالاشتداد ولابى حنيفة رحمه الله أن الغليان بداية
الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافى من الكدر وأحكام الشرع قطعية
فتناط بالنهاية كالحدود واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد
الاشتداد احتياطا والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من
أنكر حرمة عينها وقال ان السكر منها حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا
كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة
ان النبى عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص
الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا
حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعى رحمه الله يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف
السنة المشهورة وتعليله لتعدية الاسم والتعليل فى الاحكام لا فى الاسماء والرابع انها نجسة
نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره
الدليل القطعى والسادس سقوط تقومها فى حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز
بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام ان الذى حرم
شربها حرم بيعها وأكل ثمنها واختلفوا فى سقوط ماليتها والاصح انه مال لان الطباع تميل اليها
وتضن بها ومن كان له على مسلم دين فاوفاه ثمن خمر لا يحل له أن يأخذه ولا للمديون أن يؤديه
لانه ثمن بيع باطل وهو غصب فى يده أو أمانة على حسب ما اختلفوا فيه كما فى بيع الميتة ولو كان
الدين على ذمى فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز
والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفى الانتفاع
به اقتراب والثامن أن يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه
فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقى الجلد مشروعا
وعليه انعقد اجماع الصحابة رضى الله عنهم وتقديره ما ذكرناه فى الحدود والتاسع ان الطبخ لا

يؤثر فيها الا انه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه مالم يسكر منه على ما
قالوا لان الحد بالقليل فى النئ خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف
الشافعى وسنذكره من بعد ان شاء الله هذا هو الكلام فى الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب
أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة و يسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ
فكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف بالزبد او اذا اشتد على اختلاف وقال الاوزاعى
انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا
يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر وهو
النئ من ماء التمر أى الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى
تتخذون منه سكرا و رزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضى
الله عنهم و يدل عليه ما رويناه من قبل والآية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة
كلها وقيل أراد به التوبيخ معناه والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع
الزبيب وهو النئ من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلى ويتأتى فيه خلاف الاوزاعى وقد بينا
المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها و يكفر
مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر
ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة فى رواية وغليظة فى أخرى ونجاسة الخمر غليظة
رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما فيهما لانه مال
متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده تجب قيمتها لا مثلها
على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن أبى يوسف رحمه الله يجوز
بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين (وقال فى الجامع الصغير وما سوى
ذلك من الاشربة فلا بأس به) قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد فى غيره وهو
نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبى حنيفة رحمه الله ولا
يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج
ولبن الرماك وعن محمد رحمه الله انه حرام و يحد شاربه اذا سكر منه و يقع طلاقه اذا سكر منه
كما فى سائر الاشربة المحرمة (وقال فيه أيضا وكان أبو يوسف رحمه الله يقول ما كان من
الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فانى أكرهه ثم رجع الى قول أبى حنيفة رحمه
الله) وقوله الاول مثل قول محمد رحمه الله ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله
يبلغ يغلى و يشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاءه هذه المدة من غير ان يحمض

دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما وأبو
حنيفة رحمه الله يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذى ذكرناه فيما يحرم أصل شربه وفيما يحرم
السكر منه على مانذكره ان شاء الله تعالى وأبو يوسف رحمه الله رجع الى قول أبى حنيفة فلم
يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط أيضا (وقال فى المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل
واحد منهما أدنى طبخة حلال) وان اشتد اذا شرب منه مايغلب على ظنه انه لايسكره من غير
لهو ولا طرب وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد والشافعى رحمهما الله
حرام والكلام فيه كالكلام فى المثلث العنبى ونذكره ان شاء الله تعالى قال (ولا باس بالخليطين)
لما روى عن ابن زياد انه قال سقانى ابن عمر رضى الله عنه شربة ما كدت اهتدى الى منزلى
فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال مازدناك على عجوة وزبيب وهذا نوع من الخليطين وكان
مطبوخا لان المروى عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النىء منه وماروى انه عليه السلام نهى عن
الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك فى
الابتداء قال (ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ) وهذا عند
أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من
هاتين الشجرتين وأشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط
الطبخ فيه لاباحته وقيل لايشترط وهو المذكور فى الكتاب لان قليله لايدعو الى كثيره كيفما
كان وهل يحد فى المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لايحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا
والاصح انه يحد فانه روى عن محمد رحمه الله فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل
وهذا لان الفساق يجتمعون عليه فى زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك
المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لايحل عند أبى حنيفة
اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لمافى اباحته من قطع مادة
الجهاد أو لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه قال (وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه
حلال وان اشتد) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد ومالك والشافعى رحمهم الله
حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوى اما اذا قصد به التلهى لايحل بالاتفاق وعن محمد
مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم فى اثبات الحرمة قوله عليه السلام
كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما أسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما أسكر
الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما
قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب

خص السكر بالتحريم فى غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو
حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطى حكمه والمثلث
لغلظه لا يدعو وهو فى نفسه غذاء فبقى على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم
هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذى يصب عليه الماء بعدما ذهب ثلثاه
بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف
ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب أولا للطافته أو
يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثى ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى
طبخة فى رواية عن أبى حنيفة رحمه الله وفى رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو
الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع فى الطبخ بين العنب والتمر
أو بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير
العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصر العنب ونقيع
التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب أدنى طبخة ثم انقع فيه تمر أو زبيب ان كان ما انقطع
فيه شيأ يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب فى
المطبوخ قدح من النقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد فى شربه لان التحريم للاحتياط
وهو للحد فى درئه ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد
تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال (ولا بأس بالانتباذ فى الدباء والحنتم والمزفت والنقير لقوله عليه
السلام فى حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا فى كل ظرف فان الظرف لا يحل شيأ
ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما أخبر عن النهى عنه فكان ناسخا له وانما ينبذ فيه
بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رحمه الله
لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند أبى يوسف يغسل ثلاثا ويجفف فى كل مرة وهى مسئلة
ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند أبى يوسف يملأ ماء مرة بعد أخرى حتى اذا خرج الماء صافيا
غير متغير يحكم بطهارته قال (واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشئ يطرح
فيها ولا يكره تخليلها) وقال الشافعى رحمه الله يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان
التخليل بالقاء شئ فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شئ فيه فله فى الخل الحاصل به قولان
له ان فى التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه
الصلاة والسلام نعم الادام الخل من غير فصل وقوله عليه الصلاة والسلام خير خلكم خل
خمركم ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث

تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه و بالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلى به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا قال (ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به) لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوي به جرحا او دبرة دابة ولا ان يسقى ذميا ولا ان يسقى صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو القى الدردي في الخل لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا قال (ولا يحد شاربه) اي شارب الدردي (ان لم يسكر) وقال الشافعي رحمه الله يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج (ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل) لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابه الطبخ (ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر) لقيام اجزاء الخمر فيه

﴿ فصل في طبخ العصير ﴾ والاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن و يعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق و يبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه وايا ما كان جعل كان العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة واصل آخر ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاه و يبقى ثلثه فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة او دفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار

فعلى حتى ذهب الثلثان يحل لانه أثر النار واصل آخر أن العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم أهريق بعضه ثم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضرب به فى الباقى بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقى بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شئ فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة أرطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم أهريق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث وتضرب به فيما بقى بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقى بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شئ وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال فيما بقى منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الصيد﴾

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم فى غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله عليه السلام لعدى ابن حاتم الطائى رضى الله عنه اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان أكل منه فلا تأكل لانه انما أمسك على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان أحدهما فى الصيد بالجوارح والثانى فى الاصطياد بالرمى

﴿فصل فى الجوارح﴾ قال (ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازى وسائر الجوارح المعلمة وفى الجامع الصغير وكل شئ علمته من ذى ناب من السباع وذى مخلب من الطيور فلا باس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا أن تدرك ذكاته) والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب قال فى تأويل المكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدى رضى الله عنه واسم الكلب فى اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن أبى يوسف رحمه الله انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه

قال (وتعليم الكلب أن يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم البازى أن يرجع ويجيب اذا دعونه) وهو مأثور عن ابن عباس رضى الله عنهما ولان بدن البازى لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ماهو مألوفه عادة والبازى متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه وأما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة أو مرتين شبعا فاذا تركه ثلاثا دل على انه صار عادة له وهذا لان الثلاث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما فى مدة الخيار وفى بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو الذى يقع امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلاث فقدر بها وعند أبى حنيفة رحمه الله على ماذكر فى الاصل لا يثبت التعليم مالم يغلب على ظن الصائد أنه معلم ولا يقدر بالثلاث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى رأى المبتلى به كما هو أصله فى جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر فى سكوت المولى وله انه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال (واذا أرسل كلبه المعلم أو بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل أكله) لما روينا من حديث عدى رضى الله عنه ولان الكلب أو البازى آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيها بالارسال فنزل منزلة الرمى وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل أيضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا فى الذبائح ولا بد من الجرح فى ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطرارى وهو الجرح فى أى موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال وفى ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مايشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة فى تأويل فيحمل على الجرح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافى وفيه أخذ باليقين وعن أبى يوسف أنه لا يشترط رجوعا الى التأويل الاول وجوابه ما قلنا قال (فان أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل وان أكل منه البازى أكل) والفرق ما بيناه فى دلالة التعليم وهو مؤيد بما روينا من حديث عدى رضى الله عنه وهو حجة على مالك وعلى الشافعى فى قوله القديم فى اباحة ما أكل الكلب

منه (ولو انه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد) لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها فى الابتداء واما الصيود التى أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان فى المفازة بان لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز فى بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا ينسى أصلها فاذا أكل تبين انه كان تركه الأكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضى قبل القضاء (ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده) لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا أكل من الصيد (ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل) لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له (ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها اليه فأكلها يؤكل ما بقى) لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا ألقى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه وأكل منه لانه ما أكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية (ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل) لانه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد (ولو القى ما نهسه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه وأخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد) لانه لو أكل من نفس الصيد فى هذه الحالة لم يضره فاذا أكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه أولى بخلاف الوجه الاول لانه أكل فى حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهس البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة فى الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثانى فلا يدل على جهله قال (وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازى والسهم) لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع فى يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون فى المذبوح لم يؤكل فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله انه يحل وهو قول

الشافعى رحمه الله لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لابد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم فى الكياسة والهداية فى امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرناه بخلاف ما اذا بقى فيه من الحياة مثل ما يبقى فى المذبوح لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع فى الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعى رحمه الله لانه اذا وقع فى يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع فى يد صاحبه حل لان ما بقى اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة فى الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابى حنيفة رحمه الله فلا يؤكل ايضا لانه وقع فى يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى هذا الذى ذكرناه اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابى حنيفة رحمه الله وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذى بقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابى يوسف اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد رحمه الله ان كان يعيش مثله فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه (ولو ادركه ولم يأخذه فان كان فى وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل) لانه صار فى حكم المقدور عليه (وان كان لا يمكنه ذبحه اكل) لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد (وان ادركه فذكاه حل له) لانه ان كانت فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند ابى حنيفة رحمه الله ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح (واذا ارسل كلبه المعلم على صيد واخذ غيره حل) وقال مالك رحمه الله لا يحل لانه اخذه بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره (ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة) لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فتكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الاول

فلا بد من تسمية أخرى حتى لو أضجع احداهما فوق الاخرى وذبحهما بمرة واحدة تحلان
بتسمية واحدة (ومن أرسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل) لان مكثه
ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال (وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو أخذ
الكلب صيدا فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أكلا جميعا) لان الارسال قائم لم ينقطع
وهو بمنزلة مالو رمى سهما الى صيد فاصابه وأصاب آخر (ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من
النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني) لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه
للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ماتقدم (ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شئ ثم اتبع
الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل) وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة
للتمكين لما بيناه في الكلب (ولو ان بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان أم لا لا يؤكل)
لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه قال (وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل) لان
الجرح شرط على ظاهر الرواية على ماذكرناه وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن أبي
حنيفة رحمه الله انه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة
الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه
التخنيق قال (وان شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد
به عمدا لم يؤكل) لما رويناه في حديث عدي رضي الله عنه ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب
جهة الحرمة نصا أو احتياطا (ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول
يكره أكله) لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه
بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق
بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة (ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى
اشتد على الصيد فاخذه وقتله لا بأس باكله) لان فعل الثاني أثر في الكلب المرسل دون الصيد
حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان
رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما قال (واذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر
بزجره فلا بأس بصيده) والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة
الطلب ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه
بناء عليه قال (ولو أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر بزجره لم يؤكل) لان الزجر دون الارسال
ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى أن لا يثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم
وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي (وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا

بأس بأكله) لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا (ولو أرسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله أكل وكذا اذا أرسل كلبين فوقذه أحدهما ثم قتله الآخر أكل) لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لايدخل تحت التعليم فجعل عفوا (ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه أحدهما وقتله الآخر أكل) لما بينا (والملك للاول) لان الاول أخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثانى حصل على الصيد والمعتبر فى الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثانى بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول

﴿فصل﴾ فى الرمى (ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبا أو بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب) أى صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن أبى يوسف رحمه الله انه خص من ذلك الخنزير لتغليظ التحريم ألا ترى انه لا تثبت الاباحة فى شئ منه بخلاف السباع لانه يؤثر فى جلدها وزفر رحمه الله خص منها مالا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لايختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح فى نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره (وان تبين انه حس آدمى أو حيوان أهلى لا يحل المصاب) لان الفعل ليس باصطياد (والطير الداجن الذى يأوى البيوت اهلى والظبى الموثق بمنزلته) لما بينا (ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر الطائر ولا يدرى وحشى هو أو غير وحشى حل الصيد) لان الظاهر فيه التوحش (ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدرى ناد هو أم لا لايحل الصيد) لان الاصل فيه الاستئناس (ولو رمى الى سمكة أو جرادة فاصاب صيدا يحل فى رواية عن أبى يوسف) لانه صيد وفى أخرى عنه لايحل لانه لاذكاة فيهما (ولو رمى فأصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل) لانه لامعتبر بظنه مع تعينه (واذا سمى الرجل عند الرمى أكل ما أصاب اذا جرح السهم فمات) لانه ذابح بالرمى لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه قال (فان أدركه حيا ذكاه) وقد بيناها بوجوهها والاختلاف فيها فى الفصل الاول فلا نعيده قال (واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل فى طلبه حتى أصابه ميتا أكل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل) لما روى عن النبى عليه السلام انه كره أكل الصيد اذا غاب عن الرامى وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغى أن

يحل أكله لان الموهوم فى هذا كالمتحقق لما روينا الا انا أسقطنا اعتباره مادام فى طلبه ضرورة
أن لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون
بسبب عمله والذى رويناه حجة على مالك رحمه الله فى قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا
بات ليلة لا يحل (ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل) لانه موهوم يمكن الاحتراز
عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب فى ارسال الكلب فى هذا كالجواب فى الرمى فى جميع
ماذكرناه قال (واذا رمى صيدا فوقع فى الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه الى الارض
لم يؤكل) لانه المتردية وهو حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمى اذ الماء مهلك وكذا
السقوط من عال يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدى رضى الله عنه وان وقعت رميتك فى الماء فلا
تأكل فانك لا تدرى ان الماء قتله أو سهمك (وان وقع على الارض ابتداء أكل) لانه لا يمكن
الاحتراز عنه وفى اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار
الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة
الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف
بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الارض أو
رماه وهو على جبل فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض أو رماه فوقع على رمح
منصوب أو على قصبة قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن
الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه أو على ما هو فى معناه كجبل أو ظهر بيت أو لبنة
موضوعة أو صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر فى المنتقى لو وقع
على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد
رحمه الله وحمل مطلق المروى فى الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الائمة السرخسى
رحمه الله على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروى فى الاصل على انه لم يصبه
من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا أصح وان كان الطير مائيا فان
كانت الجراحة لم تنغمس فى الماء أكل وان انغمست لا يؤكل كما اذا وقع فى الماء قال (وما أصابه
المعراض بعرضه لم يؤكل وان جرحه يؤكل) لقوله عليه السلام فيه ما أصاب بحده فكل وما
أصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال (ولا يؤكل
ما أصابته البندقة فمات بها) لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك
ان رماه بحجر وكذلك ان جرحه قالوا تأويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان
كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم

وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا
وكذا اذا رماه بها فابان رأسه او قطع أوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع
الشك أو لعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا أو بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا
اللهم الا اذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل فى هذه
المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين
كان حراما وان وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح أو بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف
أو بسكين فاصابه بحده فجرحه حل وان أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لا يحل لانه قتله
دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق
وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لان الدم قد
يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما أنهر الدم
وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء وان كانت
صغيرة لا بد من ادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا تحل وقيل تحل ووجه القولين دخل
فيما ذكرناه واذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض
ما ذكرناه قال (واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه أكل الصيد) لما بيناه (ولا يؤكل العضو)
وقال الشافعى رحمه الله أكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان
والمبان منه كما اذا أبين الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما أبين بالذكاة ولنا قوله عليه
السلام ما أبين من الحى فهو ميت ذكر الحى مطلقا فينصرف الى الحى حقيقة وحكما والعضو
المبان بهذه الصفة لان المبان منه حى حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه تتوهم سلامته بعد
هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حيا حتى لو وقع فى الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله أبين
بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح فى الباقى وعند زواله لا يظهر فى المبان لعدم
الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل لان المبان من الحى حقيقة
وحكما لا يحل والمبان من الحى صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى فى المبان منه حياة بقدر ما يكون
فى المذبوح فانه حياة صورة لا حكما ولهذا لو وقع فى الماء وبه هذا القدر من الحياة أو تردى من
جبل أو سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا أو رجلا أو فخذا أو ثلثه مما
يلى القوائم أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة فى الباقى
(ولو قده بنصفين أو قطعه اثلاثا والاكثر مما يلى العجز أو قطع نصف رأسه أو أكثر منه يحل المبان
والمبان منه) لان المبان منه حى صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح والحديث

وان تناول السمك وما أبين منه فهو ميت الا ان ميتته حلال بالحديث الذى رويناه (ولو ضرب عنق شاة فابان رأسها يحل لقطع الاوداج) ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل (ولو ضرب صيدا فقطع يدا أو رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتئام والاندمال فاذا مات حل أكله) لانه بمنزلة سائر أجزائه وان كان لا يتوهم بان بقى متعلقا بجلده حل ماسواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعانى قال (ولا يؤكل صيد المجوسى والمرتد والوثنى) لانهم ليسوا من أهل الذكاة على ما بيناه فى الذبائح ولا بد منها فى اباحة الصيد بخلاف النصرانى واليهودى لانهما من أهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا قال (ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثانى ويؤكل) لانه هو الآخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن أخذ (وان كان الاول اثخنه فرماه الثانى فقتله فهو للاول ولم يؤكل) لاحتمال الموت بالثانى وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان الرمى الاول بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمى الثانى واما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى فى المذبوح كما اذا أبان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمى الثانى لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمى الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه بقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما أودونه فعلى قول أبى يوسف رحمه الله لا يحرم بالرمى الثانى لان هذا القدر فيه من الحياة لا عبرة بها عنده وعند محمد رحمه الله يحرم لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد سواء فلا يحل قال (والثانى ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته) لانه بالرمى أتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمى المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضى الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثانى بان كان الاول بحال يجوزان يسلم الصيد منه والثانى بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثانى وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت يحصل من الجراحتين أولا يدرى قال فى الزيادات يضمن الثانى ما نقصته جراحته ثم يضمنه نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمته لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه أولا واما الثانى فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا

واما الثالث فلان بالرمى الاول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمى الثانى فهذا بالرمى الثانى أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب فى حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامى غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثانى محرم كذا هذا قال (ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل) لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بمأكول اللحم قال قائلهم

صيد الملوك أرانب وثعالب * واذا ركبت فصيدى الابطال

ولان صيده سبب للانتفاع بجلده أوشعره أو ريشه أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الرهن﴾

الرهن لغة حبس الشئ باى سبب كان وفى الشريعة جعل الشئ محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع بقوله تعالى فرهان مقبوضة وبما روى انه عليه السلام اشترى من يهودى طعاما ورهنه بها درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة فى طرف الوجوب وهى الكفالة قال (الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض) قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء فى محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيأ ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما فى الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية فى ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن أبى يوسف رحمه الله انه لا يثبت فى المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشترى وليس بموجب ابتداء والاول أصح قال (واذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه) لوجود القبض بكماله فلزم العقد (وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن) لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله قال (واذا سلمه اليه فقبضه دخل فى ضمانه) وقال الشافعى رحمه الله هو امانة فى يده ولا يسقط شئ من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان

الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد اذا لحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قول النبي عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمى الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك واجماع الصحابة والتابعين رضى الله عنهم على ان الرهن مضمون مع اختلافهم فى كيفيته فالقول بالامانة خرق والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلى والتمكن بان يصير مملوكا له كذا ذكر الكرخى عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم

وفارقتك برهن لا فكاك له * يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا

والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان تكون موصلة اليه وذلك ثابت له بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدى الى الربا بخلاف حالة القيام لانه ينقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقى بدونه لانه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية اما العين فامانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن فى حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لان العين امانة فلا تنوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما فى الحوالة فالحاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع ويخرج على هذين الاصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها فى كفاية المنتهى جملة منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافى موجبه وهو تعينه للبيع وسيأتيك البواقى فى اثناء المسائل ان شاء الله تعالى قال (ولا يصح الرهن الا بدين مضمون) لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضى الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان

المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين و يمكن ان يقال الموجب الاصلي فيها هو القيمة
ورد العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة بها ولئن كان لا يجب الا بعد
الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد
وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة
قال (وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار
المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة في يده) لان المضمون بقدر
ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين (فان كانت أقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن
بالفضل) لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر رحمه الله الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك
الرهن وقيمته يوم الرهن ألف وخمسمائة والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة
له حديث علي رضي الله عنه قال يترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة
لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن
مسعود رضي الله عنهم ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا توجب الضمان الا بالقدر المستوفى كما
في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة به ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق
الضمان والمراد بالتراد فيما يروى حالة البيع فانه روي عنه انه قال المرتهن أمين في الفضل قال
(وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به) لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة
الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على
التفصيل فيما تقدم (واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن) لان قبض الرهن قبض
استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في
يد المرتهن وهو محتمل (واذا احضره أمر الراهن بتسليم الدين اليه أولا) ليتعين حقه كما تعين حق
الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولا (وان طالبه
بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب) لان
الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان
مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع (وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار
الرهن) لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه
يتضرر به بزيادة الضرر ولم يلتزمه (ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد
أو نسيئة جاز) لاطلاق الامر (فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن) لانه
لا قدرة له على الاحضار (وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن) لانه صار دينا

بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين (ولو قبضه يكلف احضاره) لقيام البدل مقام المبدل الا ان الذى يتولى قبض الثمن هو المرتهن) لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته فى ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا (ولو وضع الرهن على يد العدل وامر ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن) لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه فى قدرته (ولو وضعه العدل فى يد من فى عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذى فى يده يقول اودعنى فلان ولا ادرى لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين) لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيأ (وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدرى اين هو) لما قلنا (ولو ان الذى اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالى لم يرجع المرتهن على الراهن بشئ حتى يثبت كونه رهنا) لانه لما جحد الرهن فقد نوى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين ولا يملك المطالبة به قال (وان كان الرهن فى يده ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين) لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضى الدين على ما بيناه (ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية) اعتبارا بحبس المبيع (فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه) لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه) لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب رده (وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ) لانه يبقى مضمونا ما بقى القبض والدين (ولو هلك فى يده سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين) لبقاء الرهن (وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان يأذن له المالك) لان له حق الحبس دون الانتفاع (وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له ان يؤاجر ويعير) لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدى قال (وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله) قال رضى الله عنه معناه ان يكون الولد فى عياله ايضا وهذا لان عينه امانة فى يده فصار كالوديعة (وان حفظه بغير من فى عياله او اودعه ضمن) وهل يضمن الثانى

فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله فى الوديعة (واذا تعدى المرتهن فى الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته) لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدى (فلو رهنه خاتما فجعله فى خنصره فهو ضامن) لانه متعد بالاستعمال لانه غير مأذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى فى ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة (ولو جعله فى بقية الاصابع كان رهنا بما فيه) لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن (ولو رهنه السيفين أو ثلاثة فتقلدها لم يضمن فى الثلاثة وضمن فى السيفين) لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين فى الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال (وأجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعى ونفقة الرهن على الراهن) والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل أو لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيه عليه لما انه مؤنة ملكه كما فى الوديعة وذلك مثل النفقة فى مأكله ومشربه وأجرة الراعى فى معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الراهن وسقى البستان وكرى النهر وتلقيح نخيله وجداده والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه أو لرده الى يد المرتهن أو لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك أجرة البيت الذى يحفظ الرهن فيه وهذا فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى فى تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التى كانت له ليرده فكانت مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة فى يده والرد لاعادة اليد ويده فى الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف أجرة البيت الذى ذكرناه فان كلها تجب على المرتهن وان كان فى قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس فى الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون (ومداواة الجراحة ومعالجة القروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية تنقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة) لانه من مؤن الملك (والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن) لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن فى الباقى لان وجوبه لا ينافى ملكه بخلاف الاستحقاق (وما أداه أحدهما مما

وجب على صاحبه فهو متطوع وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بامر القاضى يرجع عليه) كان صاحبه امره به لان ولاية القاضى عامة وعن أبى حنيفة رحمه الله انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضى وقال أبو يوسف انه يرجع فى الوجهين وهى فرع مسئلة الحجر والله أعلم

﴿باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز﴾

قال (ولا يجوز رهن المشاع) وقال الشافعى رحمه الله يجوز ولنا فيه وجهان أحدهما يبتنى على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثانى ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص أو بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذى بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضى اليه الاستحقاق الحبس ولو جوزناه فى المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهايأة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا وهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع فى الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم اما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثانى يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن فى رواية الاصل وعن أبى يوسف رحمه الله انه لا يمنع لان حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية فى باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض فى الابتداء لنفى الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره فى حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع فى بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد فى بعض الرهن قال (ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل فى الارض دونها) لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان فى معنى الشائع (وكذا اذا رهن الارض دون النخيل أو دون الزرع او النخيل دون الثمر) لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن أبى حنيفة رحمه الله ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان

البناء اسم للمبنى فيصير راهنا جميع الارض وهى مشغولة بملك الراهن (ولو رهن النخيل بمواضعها جاز) لان هذه مجاورة وهى لا تمنع الصحة (ولو كان فيه ثمر يدخل فى الرهن) لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز ولا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع فى الدار حيث لا يدخل فى رهن الدار من غير ذكر لانه فى البيع ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة فى رهن الارض ولا يدخل فى البيع لما ذكرنا فى الثمرة (ويدخل البناء والغرس فى رهن الارض والدار والقرية) لما ذكرنا (ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقى يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقى رهنا بحصته والا بطل كله) لان الرهن جعل كانه ماورد الا على الباقى ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه فى الدار المرهونة وكذا متاعه فى الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقى الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا فى دار أو فى وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة أو لجاما فى رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال (ولا يصح الرهن بالامانات) كالودائع والعوارى والمضاربات (ومال الشركة) لان القبض فى باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه (وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع فى يد البائع) لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيأ لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها وهو أن يكون مضمونا بالمثل أو بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال (والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة) والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك الى زمان فى المستقبل لا تجوز اما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المآل كما فى الصوم والصلاة ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك أمانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضنى ألف درهم وهلك فى يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم

الشراء فيضمنه قال (ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه) وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال (والرهن بالمبيع باطل) لما بينا انه غير مضمون بنفسه (فان هلك ذهب بغير شيء) لانه لا اعتبار للباطل فبقى قبضا باذنه (وان هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لدينه حكما) لتحقق القبض حكما (وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا) لفوات القبض حقيقة وحكما (وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه) ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم (ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه) لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته (ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه) لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفى الثمن ثم لو هلك المشترى في يد المشترى يهلك بقيمته فكذا هذا قال (ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد) لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ولا يجوز الرهن بالشفعة) لان المبيع غير مضمون على المشترى (ولا بالعبد الجاني والعبد المديون المأذون) لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء (ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا) لانه لا يقابله شيء مضمون (ولا يجوز للمسلم أن يرهن خمرا أو يرتهنه من مسلم أو ذمي) لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم اما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين بحال (ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا أو خلا أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا أو الخل خمرا أو الشاة ميتة فالرهن مضمون) لانه رهنه بدين واجب ظاهرا (وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر) وهذا كله على ظاهر الرواية (وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون) وعن أبي يوسف رحمه الله خلافه وكذا قياسه فيما تقدم

من

من جنسه قال (ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير) لانه يملك الايداع
وهذا انظر فى حق الصبى منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة (ولو هلك يهلك مضمونا
والوديعة تهلك امانة والوصى بمنزلة الاب) فى هذا الباب لما بينا وعن ابى يوسف وزفر
رحمهما الله انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر
وهو الاستحسان ان فى حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله فى الحال وفى هذا
نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق (واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا
دينه لو هلك فى يده ويصير الاب) او الوصى (موفيا له ويضمنه للصبى) لانه قضى دينه بماله وكذا
لو سلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا اصل هذه المسئلة البيع فان الاب
او الوصى اذا باع مال الصبى من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبى عندهما وعند
ابى يوسف لا تقع المقاصة وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث
وجوب الضمان (واذا رهن الاب متاع الصغير من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين
عليه جاز) لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين فى هذا
العقد كما فى بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفى العقد (ولو ارتهنه الوصى من نفسه او من
هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز) لانه وكيل محض والواحد لا يتولى
طرفى العقد فى الرهن كما لا يتولاهما فى البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة فى حقه
الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذى ليس عليه دين بمنزلة الرهن من
نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذى عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل
بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة فى الرهن لان له حكما واحدا (وان استدان
الوصى لليتيم فى كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز) لان الاستدانة جائزة للحاجة
والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز (وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن) لان الاولى له التجارة
تثميرا للمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء (واذا رهن الاب متاع
الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس للابن ان يرده حتى يقضى الدين) لوقوعه لازما من
جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه (ولو كان الاب رهنه
لنفسه فقضاه الابن رجع به فى مال الاب) لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير
الرهن (وكذا اذا هلك قبل ان يفتكه) لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه (ولو
رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز) لاشتماله على امرين جائزين (فان هلك ضمن
الاب حصته من ذلك للولد) لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصى وكذلك الجد اب

الاب اذا لم يكن الاب أو وصى الاب (ولو رهن الوصى متاعا لليتيم فى دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصى لحاجة اليتيم فضاع فى يد الوصى فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم) لان فعل الوصى كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبى والحكم فيه هذا على ما نبينه ان شاء الله تعالى (والمال دين على الوصى) معناه هو المطالب به (ثم يرجع بذلك على الصبى) لانه غير متعد فى هذه الاستعارة اذ هى لحاجة الصبى (ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبى) لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال فى حاجة نفسه (ولو غصبه الوصى بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصى ضامن لقيمته) لانه متعد فى حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفى حق الصبى بالاستعمال فى حاجة نفسه فيقضى به الدين ان كان قد حل (فان كانت قيمته مثل الدين اداه الى المرتهن ولا يرجع الى اليتيم) لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا (وان كانت قيمته أقل) من الدين (ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم) لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير (وان كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أدى قدر الدين من القيمة الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن) لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فتكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذى فصلناه (ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك فى يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير) لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لان له ولاية أخذ مال اليتيم ولهذا قال فى كتاب الاقرار اذا أقر الاب أو الوصى بغصب مال الصغير لا يلزمه شئ لانه لا يتصور غصبه لما ان له ولاية الاخذ فاذا هلك فى يده يضمنه للمرتهن يأخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصى على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع الوصى على الصبى بذلك لما ذكرنا قال (ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن (فان رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا فى الجودة) لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند أبى حنيفة لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه (وفى الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه) قال رضى الله عنه معناه أن تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر هذا الجواب فى الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهى مثل الدين فى الاول وزيادة عليه فى الثانى فيصير بقدر

الدين مستوفيا (فان كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف) المذكور لهما انه لا وجه الى
الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدى الى الربا فصرنا الى
التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة
فى الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردىء جائز كما اذا تجوز به وقد حصل
الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من
مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين يتعذر النقض وقيل هذه
فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة يمنع الاستيفاء وهو معروف غير
ان البناء لا يصح على ما هو المشهور لان محمدا فيها مع أبى حنيفة وفى هذا مع أبى يوسف
رحمه الله والفرق لمحمد رحمه الله انه قبض الزيوف ليستوفى من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء
وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفى من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد أمكن عنده
بالتضمين ولو انكسر الابريق ففى الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبى
حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شئ من الدين لانه
يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر
فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه أو خلاف جنسه وتكون رهنا
عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد رحمه الله ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله
بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك
وفى الهلاك الحقيقى مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو فى معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك
بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفى جعله بالدين اغلاق الرهن
وهو حكم جاهلى فكان التضمين بالقيمة أولى وفى الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته أقل من
وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه أو رديئا من جنسه وتكون رهنا عنده وهذا
بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد رحمه الله لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك
والهلاك عنده بالقيمة وفى الوجه الثانى وهو ما اذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثنى عشر عند
أبى حنيفة رحمه الله يضمن جميع قيمته وتكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة
والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا
لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وعند
أبى يوسف رحمه الله يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان
وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمته خمسة اسداس المكسور

رهنا فعنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة فى ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفى تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن اعتبارها وفى بيان قول محمد رحمه الله نوع طول يعرف فى موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها قال (ومن باع عبدا على ان يرهنه المشترى شيأ بعينه جاز استحسانا) والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع شيأ على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا فى المجلس فقبل وجه القياس انه صفقة فى صفقة وهو منهى عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا فى المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقى الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر فى المجلس وقبل صح (ولو امتنع المشترى عن تسليم الرهن لم يجبر عليه) وقال زفر رحمه الله يجبر لان الرهن اذا شرط فى البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة فى الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات (ولكن البائع بالخيار ان شاء رضى بترك الرهن وان شاء فسخ البيع) لانه وصف مرغوب فيه وما رضى الا به فيتخير بفواته (الا ان يدفع المشترى الثمن حالا) لحصول المقصود (أو يدفع قيمة الرهن رهنا) لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة قال (ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن) لانه آتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة فى العقود للمعانى حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة فى ضده كفالة وقال زفر رحمه الله لا يكون رهنا ومثله عن أبى يوسف رحمه الله لان قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثانى أقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال أمسكه بدينك أو بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء علم ان مراده الرهن

﴿فصل﴾ ومن رهن عبدين بالف فقضى حصة أحدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدى باقى الدين) وحصة كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من أجزائه مبالغة فى حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع فى يد البائع فان سمى لكل واحد من أعيان الرهن شيأ من المال الذى رهنه به فكذا الجواب فى رواية الاصل وفى الزيادات له ان يقبضه اذا أدى ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق

بتفرق التسمية كما فى المبيع وجه الثانى لانه لاحاجة الى الاتحاد لان أحد العقدين لا يصير مشروطا فى الآخر الا يرى انه لو قبل الرهن فى أحدهما جاز قال (فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما) لان الرهن أضيف الى جميع العين فى صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزئ فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند أبى حنيفة رحمه الله (فان تهايآ فكل واحد منهما فى نوبته كالعدل فى حق الآخر قال (والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين) لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزأ قال (فان أعطى أحدهما دينه كان كله رهنا فى يد الآخر) لان جميع العين رهن فى يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا ادى أحد المشتريين حصته من الثمن قال (وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين فللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفى جميع الدين) لان قبض الرهن يحصل فى الكل من غير شيوع (فان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهنه عبده الذى فى يده وقبضه فهو باطل) لان كل واحد منهما أثبت ببينته انه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك فى حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدى الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما كانهما ارتهناه معا اذا جهل التاريخ بينهما وجعل فى كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما أثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله فى الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره فى الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمدا رحمه الله أخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له قال (ولو مات الراهن والعبد فى أيديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان فى يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا) وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى القياس هذا باطل وهو قول أبى يوسف رحمه الله لان الحبس للاستيفاء حكم أصلى لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما فى حالة الحياة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه فى حالة الحياة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع فى الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة أو

ادعت اختان النكاح على رجل واقاموا البينة تهاترت فى حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام والله اعلم

﴿باب الرهن يوضع على يد العدل﴾

قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك لا يجوز) ذكر قوله فى بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك فى الحفظ اذ العين امانة وفى حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على المالك فى الاستحقاق لانه نائب عنه فى حفظ العين كالمودع قال (وليس للمرتهن ولا للراهن ان يأخذه منه) لتعلق حق الراهن فى الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر (فلو هلك فى يده هلك فى ضمان المرتهن) لان يده فى حق المالية يد المرتهن وهى المضمونة (ولو دفع العدل الى الراهن او المرتهن ضمن) لانه مودع الراهن فى حق العين ومودع المرتهن فى حق المالية واحدهما اجنبى عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبى (واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك فى يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا فى يده) لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على ان يأخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضى ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد (وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه) لان العين لو كانت قائمة فى يده يأخذها اذا ادى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البدل والمبدل قال (واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة) لانه توكيل ببيع ماله (وان شرطت فى عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل) لانها لما شرطت فى ضمن عقد الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفى العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعى (ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه) لانه لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا (وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل) لانه لم يوكله وانما وكله غيره

(وان

(وان مات الراهن لم ينعزل) لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال (وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه فى حال حياته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته) لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه وأوصافه (وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه) لان الوكالة لا يجرى فيها الارث ولان الموكل رضى برأيه لا برأى غيره وعن أبى يوسف رحمه الله ان وصى الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصى كالمضارب اذا مات بعد ما صار رأس المال أعيانا يملك وصى المضارب بيعها لما انه لازم بعد ما صار أعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجرى فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب (وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضا الراهن) لانه ملكه وما رضى ببيعه (وليس للراهن ان يبيعه الا برضا المرتهن) لان المرتهن أحق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال (فان حل الاجل وأبى الوكيل الذى فى يده الرهن ان يبيعه والراهن غائب أجبر على بيعه) لما ذكرنا من الوجهين فى لزومه (وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى ان يخاصم أجبر على الخصومة) للوجه الثانى وهو ان فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعى لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه فلو لم يكن التوكيل مشروطا فى عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثانى وهذا أصح وعن أبى يوسف رحمه الله ان الجواب فى الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب فى الجامع الصغير وفى الاصل (واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد) لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن فى الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال فى حق المستحق فيبقى عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول لحما ودما قال (وان باع العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذى أعطاه وليس له يضمنه غيره) وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا أو قائما ففى الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب فى حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد فى حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه أمره ببيع ملك نفسه وان ضمن البائع ينفذ البيع

أيضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشئ من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه أخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما أداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو ان يكون قائما في يد المشترى فللمستحق ان يأخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشترى ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما أداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذى ادخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشترى سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقى الضمان على الموكل وان كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضى بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضى الله عنه هكذا ذكره الكرخى رحمه الله وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال (وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن) لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم أو بالقبض (فان ضمن الراهن فقد مات بالدين) لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء (وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه) اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن وأما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن ابن خازم القاضى رحمه الله والجواب عنه انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه أو بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل عنه والملك بكل

ذلك

ذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فى كفاية المنتهى والله أعلم بالصواب

﴿باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره﴾

قال (واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف) لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف فى ملكه كمن أوصى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به (فان أجاز المرتهن جاز) لان التوقف لحقه وقد رضى بسقوطه (وان قضاه الراهن دينه جاز أيضا) لان زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الاهل فى المحل (واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح) لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون المأذون اذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا (وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ فى رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشترى عليه) لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيزه وله ان يفسخ (وفى أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه) لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه فى الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقى موقوفا فان شاء المشترى صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضى وللقاضى ان يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضى لا اليه وصار كما اذا أبق العبد المشترى قبل القبض فانه يتخير المشترى لما ذكرنا كذلك هذا (ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثانى موقوف أيضا على اجازته) لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثانى فلو أجاز المرتهن البيع الثانى جاز الثانى (ولو باع الراهن ثم أجر او وهب أو رهن من غيره واجازة المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول) والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثانى لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له فى هذه العقود لانه لا بدل فى الهبة والرهن والذى فى الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه فى مالية العين لا فى المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق قال (ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه) وفى بعض أقوال الشافعى رحمه الله لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا لان فى تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض

أقوى اه لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستأجر لان الاجارة تبقى مدتها اذا لحر
يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم اذن
المرتهن كما اذا أعتق العبد المشترى قبل القبض أو أعتق الآبق أو المغصوب ولا خفاء فى قيام
ملك الرقبة لقيام المقتضى وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه فى الرقبة باعتاقه
يزول ملك المرتهن فى اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل أولى لان ملك الرقبة أقوى
من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بالطريق الاولى وامتناع النفاذ فى البيع والهبة
لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر الى أداء
السعاية عند أبى حنيفة رحمه الله واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله (ثم) بعد
ذلك (ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين) لانه لو طولب باداء القيمة تقع
المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه (وان كان الدين مؤجلا أخذت منه قيمة العبد وجعلت
رهنا مكانه حتى يحل الدين) لان سبب الضمان متحقق وفى التضمين فائدة فاذا حل
الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل (وان كان معسرا سعى العبد فى قيمته
وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه) لانه لما تعذر الوصول الى عين حقه من جهة
المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضى الله عنه وتأويله
اذا كانت القيمة أقل من الدين اما اذا كان الدين أقل نذكره ان شاء الله تعالى (ثم يرجع بما سعى
على مولاه اذا أيسر) لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه
بخلاف المستسعى فى الاعتاق لانه يؤدى ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده
وعندهما لتكميله وهنا يسعى فى ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم أبو
حنيفة رحمه الله أوجب السعاية فى المستسعى المشترك فى حالتى اليسار والاعسار وفى العبد
المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه أدنى من حقيقته الثابتة للشريك
الساكت فوجبت السعاية هنا فى حالة واحدة اظهار النقصان رتبته بخلاف المشترى قبل القبض
اذا أعتقه المشترى حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن أبى يوسف رحمه الله والمرهون يسعى لان
حق البائع فى الحبس أضعف لان البائع لا يملكه فى الآخرة ولا يستوفى من عينه وكذلك يبطل
حقه فى الحبس بالاعارة من المشترى والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن
حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجبنا السعاية فيهما السوينا بين الحقين وذلك لا يجوز (ولو أقر المولى
برهن عبده بان قال (له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية) عندنا خلافا
لزفر رحمه الله هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول أقر بتعلق الحق فى حال يملك التعليق فيه

لقيام

لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية (ولو دبره الراهن صح تدبيره
بالاتفاق) اما عندنا فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على أصله (ولو كانت أمة
فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق) لانه يصح بادنى الحقين وهو ما للاب فى جارية الابن
فيصح بالاعلى (واذا صحا خرجا من الرهن) لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما (فان
كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما) على التفصيل الذى ذكرناه فى الاعتاق (وان كان معسرا
استسعى المرتهن المدبر وأم الولد فى جميع الدين) لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث
يسعى فى الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا
يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد
يساره لانهما ادياه من مال المولى والمعتق يرجع لانه أدى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل
الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر فى قيمته قنا لانه عوض الرهن حتى تحبس مكانه فيتقدر بقدر
العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين ولو أعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه
بالسعاية أو لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما أداه قبل العتق لا يرجع
به على مولاه لانه أداه من مال المولى قال (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) لانه حق محترم
مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن فى يد المرتهن لقيامه مقام العين (فان استهلكه أجنبى
فالمرتهن هو الخصم فى تضمينه فيأخذ القيمة وتكون رهنا فى يده) لانه أحق بعين الرهن حال
قيامه فكذا فى استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته
يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة
فصار الحكم فى الخمس مائة الزيادة كانها هلكت بآفة سماوية والمعتبر فى ضمان الرهن القيمة يوم
القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا أنه يتقرر عند
الهلاك (ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة) لانه اتلف ملك الغير (وكانت
رهنا فى يده حتى يحل الدين) لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه (واذا حل الدين وهو على صفة
القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه) لانه جنس حقه (ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن)
لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن (وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى
خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة)
لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض
السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقى بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف قال (واذا أعار
المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن) لمنافاة بين

يد العارية ويد الرهن (فان هلك فى يد الراهن هلك بغير شئ لفوات القبض المضمون (وللمرتهن أن يسترجعه الى يده) لان عقد الرهن باق الا فى حكم الضمان فى الحال ألا ترى انه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال ألا ترى ان حكم الرهن ثابت فى ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقى عقد الرهن فاذا أخذه عاد الضمان لانه عاد القبض فى عقد الرهن فيعود بصفته (وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان) لما قلنا (ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان) لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبى اذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدا (ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء) لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا (واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ فى العمل هلك على ضمان الرهن) لبقاء يد الرهن (وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل) لارتفاع يد العارية (ولو هلك فى حالة العمل هلك بغير ضمان) لثبوت يد العارية بالاستعمال وهى مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان (وكذا اذا أذن الراهن المرتهن بالاستعمال) لما بيناه (ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز) لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا فى الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضى الى المنازعة (ولو عين ينفصل زوالا فى حق البائع قدرا لا يجوز للمستعير أن يرهنه باكثر منه ولا باقل منه) لان التقييد مفيد وهو ينفى الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه وينفى النقصان أيضا لان غرضه أن يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع به عليه (وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد) لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص فى الامانة والحفظ (واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه و بين المرتهن) لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه (وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن و بالدين على الراهن) وقد بيناه فى الاستحقاق (وان وافق) بان رهنه بمقدار ما أمره به (ان كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن) لتمام الاستيفاء بالهلاك (ووجب مثله لرب الثوب على الراهن) لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان أصابه عيب ذهب من الدين

بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه (وان كانت قيمته أقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن) لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه (ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه أن يمتنع) لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى المعير فاجبر المرتهن على الدفع (بخلاف الاجنبى اذا قضى الدين) لانه متبرع اذ هو لا يسعى فى تخليص ملكه ولا فى تفريغ ذمته فكان للطالب أن لا يقبله (ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه فلا ضمان عليه) لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بينا (ولو اختلفا فى ذلك فالقول للراهن) لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك فى هاتين الحالتين (كما لو اختلفا فى مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعير) لان القول قوله فى انكار أصله فكذا فى انكار وصفه (ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه به ليقرضه كذا فهلك فى يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى) لما بينا انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه (ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز) لقيام ملك الرقبة (ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن) لانه لم يستوفه (وان شاء ضمن المعير قيمته) لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالاعتاق (وتكون رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيردها الى المعير) لان استرداد القيمة كاسترداد العين (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن) لانه قد برئ من الضمان حين رهنهما فانه كان أمينا خالف ثم عاد الى الوفاق (وكذا اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن) لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد الى الوفاق فيبرء عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد من الوصول الى يد المالك اما المستعير فى الرهن فيحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبى فى حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقامه قال (وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها) ومعناه أن يكون الضمان على صفة

الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه قال (وجنايته الرهن
على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا جنايته على
المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال أما الوفاقية فلانها جناية المملوك
على المالك الا ترى انه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان
الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير
المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية أن الجناية حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو
دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى
المرتهن وان قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها
للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان
له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين
سواء لانه لا فائدة في اعتبارها لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة أكثر من
الدين فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية
العبد الوديعة على المستودع وعنه انها لا تعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار
كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة
متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال (ومن رهن عبدا يساوي ألفا بألف الى أجل فنقص في
السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض
المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشئ) وأصله أن النقصان من حيث السعر
لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه
انتقاص العين ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع
حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء
منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شئ من الدين بنقصان السعر
بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان
الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت وأخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان
مقابلا بالدم على أصلنا حتى لا يزداد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق
المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشئ لان يد الرهن يد
الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء ألفا فصير مستوفيا للكل من
الابتداء أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربا فيصير مستوفيا

المائة و بقى تسعمائة فى العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من
غير قتل أحد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدى الى الربا قال (وان كان أمره الراهن
أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة) لانه لما باعه باذن
الراهن صار كان الراهن استرده و باعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن و يبقى الدين الا بقدر
ما استوفى وكذا هذا قال (وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين) وهذا
عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع
الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر رحمه الله يصير رهنا بمائة له أن يد
الرهن استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا أنه أخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا
على زفر رحمه الله أن العبد الثانى قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر
لا يسقط شئ من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد رحمه الله فى
الخيار أن المرهون تغير فى ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب
اذا قتل فى يد الغاصب يخير المشترى والمغصوب منه كذا هذا ولهما أن التغير لم يظهر فى نفس العبد
لقيام الثانى مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر رحمه الله وعين الرهن أمانة عندنا فلا
يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلى وانه منسوخ بخلاف البيع
لان الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع
ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوى مائة ثم قتله عبد يساوى مائة فدفع به فهو على هذا
الخلاف (واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع)
لانه لا يملك التمليك (ولو فدى طهر المحل فبقى الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشئ
من الفداء) لان الجناية حصلت فى ضمانه فكان عليه اصلاحها (ولو أبى المرتهن أن يفدى
قيل للراهن ادفع العبد أو افده بالدية) لان الملك فى الرقبة قائم له وانما الى المرتهن الفداء لقيام
حقه (فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير) بين الدفع والفداء
(فان اختار الدفع سقط الدين) لانه استحق لمعنى فى ضمان المرتهن فصار كالهلاك (وكذلك
ان فدى) لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل
انسانا أو استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء فى الابتداء لانه غير مضمون على
المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شئ من الدين كما لو هلك فى الابتداء وان فدى فهو
رهن مع أمه على حالهما (ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان أدى المرتهن الدين
الذى لزم العبد فدينه على حاله كما فى الفداء وان أبى قيل للراهن بعه فى الدين

الا ان يختار ان يؤدى عنه فان ادى بطل دين المرتهن) كما ذكرنا فى الفداء (وان لم يؤد وبيع العبد فيه ياخذ صاحب دين العبد دينه) لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولى الجناية لتقدمه على حق المولى (فان فضل شئ ودين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن) لان الرقبة استحقت لمعنى هو فى ضمان المرتهن فاشبه الهلاك (وان كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل أخذه به) لانه من جنس حقه (وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفى بدين الغريم أخذ الثمن ولم يرجع بما بقى على أحد حتى يعتق العبد) لان الحق فى دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق (ثم اذا أدى بعده لا يرجع على أحد) لانه وجب عليه بفعله (وان كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه) لان النصف منه مضمون والنصف أمانة والفداء فى المضمون على المرتهن وفى الامانة على الراهن فان أجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز فى الحقيقة من المرتهن لما بينا وانما منه الرضا به (فان تشاحا فالقول لمن قال أنا أفدى راهنا كان أو مرتهنا) اما المرتهن فلانه ليس فى الفداء ابطال حق الراهن وفى الدفع الذى يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا فى جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن أنا أفدى له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله فى الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له أن يفدى وأما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره (ويكون المرتهن فى الفداء متطوعا فى حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن) لانه يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهذا على ماروى عن أبى حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى (ولو أبى المرتهن أن يفدى وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه) لان سقوط الدين امر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن فى الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقى لان الفداء فى نصف كان عليه فاذا أداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه أوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقى (ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا) وهذا قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله المرتهن متطوع فى الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير أمره فاشبه الاجنبى وله انه اذا كان الراهن حاضرا أمكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبى فأما اذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته

والمرتهن

والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال
(واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لان الوصى قائم مقامه ولو تولى الموصى
حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا الوصية (وان لم يكن له وصى نصب القاضى له
وصيا وأمره ببيعه) لان القاضى نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم
والنظر فى نصب الوصى ليؤدى ما عليه لغيره ويستوفى ماله من غيره (وان كان على الميت دين
فرهن الوصى بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين أن يردوه) لانه آثر بعض
الغرماء بالايفاء الحكمى فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقى (فان قضى دينهم قبل أن يردوه جاز)
لزوال المانع ووصول حقهم اليهم (ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن) اعتبارا بالايفاء
الحقيقى (وبيع فى دينه) لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده (واذا ارتهن الوصى بدين للميت
على رجل جاز) لانه استيفاء وهو يملكه قال رضى الله عنه وفى رهن الوصى تفصيلات نذكرها
فى كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ قال (ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوى عشرة فهو
رهن بعشرة) لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم
يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد
الا أنه يتخير فى البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب (ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة
فماتت فدبغ جلدها فصار يساوى درهما فهو رهن بدرهم) لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا
حيى بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها
حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر
بالهلاك على ما بيناه ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال (ونماء الرهن
للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف) لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل
لانه تبع له والرهن حق لازم فيسرى اليه (فان هلك يهلك بغير شئ) لان الاتباع لا قسط لها
مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها (وان هلك الاصل
وبقى النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم
الفكاك) لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقى الى وقته
والتبع يقابله شئ اذا صار مقصودا كولد المبيع فما أصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله
الاصل مقصودا وما أصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل

تخرج وقد ذكرنا بعضها فى كفاية المنتهى وتمامه فى الجامع والزيادات (ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه فى شئ من ذلك) لما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانه اطلاق وليس بتمليك فتصح مع الخطر (ولا يسقط شئ من الدين) لانه أتلفه باذن المالك (فان لم يفتك الشاة حتى ماتت فى يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذى شرب وعلى قيمة الشاة فما أصاب الشاة سقط وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن) لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن أخذه وأتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى بحصته وكذلك ولد الشاة اذا أذن له الراهن فى أكله وكذلك جميع النماء الذى يحدث على هذا القياس قال (ويجوز الزيادة فى الرهن ولا تجوز فى الدين) عند أبى حنيفة رحمه الله ومحمد رحمهما الله ولا يصير الرهن رهنا بها وقال أبو يوسف رحمه الله تجوز الزيادة فى الدين أيضا وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا تجوز فيهما والخلاف معهما فى الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه فى البيوع ولابى يوسف رحمه الله فى الخلافية الاخرى ان الدين فى باب الرهن كالثمن فى البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما فى البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة فى الدين توجب الشيوع فى الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة فى الرهن توجب الشيوع فى الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وان كان الدين ألفا وهذا شيوع فى الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن فى طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق باصل العقد فى بدلى العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة فى الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض ألفا والدين ألفا يقسم الدين أثلاثا فى الزيادة ثلث الدين وفى الاصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما فى وقتى الاعتبار وهذا لان الضمان فى كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض (واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما فى الولد عليه وعلى العبد الزيادة) لانه جعله زيادة مع الولد دون الام (ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما

أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها) لان الزيادة دخلت على الام قال (فان رهن عبدا يساوى
الفا بالف ثم أعطاه عبدا آخر قيمته ألف رهنا مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن
والمرتهن فى الآخر أمين حتى يجعله مكان الاول) لان الاول انما دخل فى ضمانه بالقبض
والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض مادام الدين باقيا واذا بقى الاول
فى ضمانه لا يدخل الثانى فى ضمانه لانهما رضيا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما فاذا
رد الاول دخل الثانى فى ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثانى يد
امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها
جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد وأخذها فان الجياد امانة فى يده مالم يرد الزيوف ويجدد
القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض
الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين (ولو
ابرء المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن فى يد المرتهن يهلك بغير شئ استحسانا
خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما فى الدين الموعود ولم يبق
الدين بالابراء او الهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا اذ لم تبق له ولاية المنع
(وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فابرأته أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول أو
اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن فى يدها يهلك بغير شئ فى هذا كله ولم تضمن شيأ) لسقوط
الدين كما فى الابراء (ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن أو بايفاء متطوع ثم هلك الرهن
فى يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه أو المتطوع
بخلاف الابراء) ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط
لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو فى نفسه
فقائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثانى (وكذا اذا اشترى بالدين
عينا أو صالح عنه على عين) لانه استيفاء (وكذلك اذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم
هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين) لانه فى معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن
ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو ما يرجع عليه به ان لم يكن للمحيل على المحتال
عليه دين لانه بمنزلة الوكيل (وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين) لتوهم
وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله سبحانه وتعالى أعلم
بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ كتاب الجنايات ﴾

قال (القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطا والقتل بسبب) والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام قال (فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار) لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك (وموجب ذلك المأثم) لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة قال (والقود) لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أى موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال (الا ان يعفو الاولياء أو يصالحوا) لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولى أخذ الدية الا برضا القاتل وهو أحد قول الشافعى رحمه الله الا ان له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفى قول الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفى كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب ورويناه من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفى الخطا وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولى بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعى رحمه الله تجب لان الحاجة الى التكفير فى العمد أمس منها اليه فى الخطا فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفى الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها فى الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل قال (وشبه العمد عند أبى حنيفة ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح) وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعى رحمهم الله اذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما انه يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة

قال

قال (وموجب ذلك على القولين الاثم) لانه قتل وهو قاصد فى الضرب (والكفارة) لشبهه بالخطا (والدية مغلظة على العاقلة) والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة اعتبارا بالخطا وتجب فى ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضى الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى (و يتعلق به حرمان الميراث) لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر فى سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك رحمه الله وان أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه قال (والخطأ على نوعين خطأ فى القصد وهو ان يرمى شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمى أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ فى الفعل وهو ان يرمى غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الآية وهى على عاقلته فى ثلاث سنين لما بيناه (ولا اثم فيه) يعنى فى الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما فى نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة فى التثبت فى حال الرمى اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى (و يحرم عن الميراث) لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطأ فاصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد قال (وما أجرى مجرى الخطا مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطا فى الشرع واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر فى غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه آدمى الدية على العاقلة) لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا فوجبت الدية (ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث) وقال الشافعى رحمه الله يلحق بالخطا فى أحكامه لان الشرع أنزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة فالحق به فى حق الضمان فبقى فى حق غيره على الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر فى غير ملكه لا يأثم بالموت على قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه (وما يكون شبه عمد فى النفس فهو عمد فيما سواها) لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة والله أعلم

﴿باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه﴾

قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا) اما العمدية فلما بيناه واما حقن الدم على التأبيد فلتنتفى شبهة الاباحة وتتحقق المساواة قال (ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد) للعمومات وقال الشافعى رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص

على المساواة وهى منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يستويان وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا أن القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى بالدين أو بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفى ماعداه قال (والمسلم بالذمى) خلافا للشافعى رحمه الله له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ماروى أن النبى عليه السلام قتل مسلما بذمى ولان المساواة فى العصمة ثابتة نظرا الى التكليف أو الدار المبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روى الحربى لسياقه ولا ذو عهد فى عهده والعطف للمغايرة قال (ولا يقتل بالمستأمن) لانه غير محقون الدم على التأبيد وكذلك كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع (ولا يقتل الذمى بالمستأمن) لما بينا (ويقتل المستأمن بالمستأمن) قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح (ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون) للعمومات ولان فى اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفانى قال (ولا يقتل الرجل بابنه) لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله فى قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال أن يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده فى صف الاعداء مقاتلا أو زانيا وهو محصن فالقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال أو النساء وان علا فى هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب أو الام قربت أم بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال (ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده) لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزأ قال (ومن ورث قصاصا على أبيه سقط) لحرمة الابوة قال (ولا يستوفى القصاص الا بالسيف) وقال الشافعى رحمه الله يفعل به مثل مافعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل مافعل فيحترز فيجب التحرز عنه كما فى كسر العظم قال (واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا أرى فى هذا قصاصا) لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعنى هذه الجارية بكذا وقال

المولى

المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها الاختلاف السبب كذا هذا ولهما أن حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقدير ين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضى الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح (ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى) لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا او الوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضى الله عنهم فى موته على نعت الحرية أو الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها (وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى فى قولهم جميعا) لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق فى البعض لا ينفسخ بالعجز (واذا قتل عبد الرهن فى يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن) لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن فى الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال (واذا قتل ولى المعتوه فلابيه أن يقتل) لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفى الصدر فيليه كالانكاح (وله أن يصالح) لانه انظر فى حق المعتوه وليس له أن يعفو لان فيه ابطال حقه (وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا) لما ذكرنا (والوصى بمنزلة الاب فى جميع ذلك الا انه لا يقتل) لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص فى الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفى كتاب الصلح أن الوصى لا يملك الصلح لانه تصرف فى النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا أن المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفى وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو أولى وقالوا القياس أن لا يملك الوصى الاستيفاء فى الطرف كما لا يملكه فى النفس لان المقصود متحد وهو التشفى وفى الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف فى المال والصبى بمنزلة المعتوه فى هذا والقاضى بمنزلة الاب فى الصحيح الاترى ان من قتل ولا ولى له يستوفيه السلطان والقاضى بمنزلته فيه قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار) لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزى وفى استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولين وله أنه

حق لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد كملا كما فى ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولين ممنوعة قال (ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان أصابه بالحديد قتل به وان أصابه بالعود فعليه الدية) قال رضى الله عنه وهذا اذا أصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب وان أصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان وأما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف أبى حنيفة رحمه الله على نبين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعى رحمه الله وهى مسئلة الموالاة له أن الموالاة فى الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا مارو ينا الا أن قتيل خطا العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتأديب أو لعله اعتراه القصد فى خلال الضربات فيعرى أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية قال (ومن غرق صبيا أو بالغا فى البحر فلا قصاص) عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يقتص منه وهو قول الشافعى رحمه الله غيران عندهما يستوفى حزا وعنده يغرق كما بيناه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة فاستعمالها امارة العمدية ولا مراء فى العصمة وله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفى كل خطا ارش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص أثره ومنه المقصة للجلمين ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثانى عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان فى حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر ومارواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة وقد اومت اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهى على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين فى الكفارة قال (ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص) لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه فى الظاهر فاضيف اليه قال (واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة) لان هذا أحد نوعى الخطا على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أبى حذيفة رضى الله عنه قضى رسول الله عليه

السلام

السلام بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان فى صف المشركين لا تجب لسقوط
عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال (ومن شج نفسه
وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبى ثلث الدية) لان فعل
الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا فى الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر فى الدنيا معتبر فى
الآخرة حتى يؤثم عليه وفى النوادر ان عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله يغسل و يصلى عليه
وعند أبى يوسف رحمه الله يغسل ولا يصلى عليه وفى شرح السير الكبير ذكر فى الصلاة عليه
اختلاف المشايخ على ما كتبناه فى كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا وكان جنسا آخر
وفعل الاجنبى معتبر فى الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس فكان النفس تلفت بثلاثة أفعال
فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله أعلم

﴿فصل﴾ قال (ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم أن يقتلوه) لقوله عليه السلام من شهر على
المسلمين سيفا فقد أطل دمه ولانه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن
نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد رحمه الله فى الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه
اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفى سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل
سلاحا ليلا أو نهارا أو شهر عليه عصا ليلا فى مصر أو نهارا فى طريق فى غير مصر فقتله المشهور
عليه عمدا فلا شئ عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة
وان كان تلبث ولكن فى الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا فى النهار فى غير
المصر فى الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا فان كان عصا لا تلبث يحتمل
أن تكون مثل السلاح عندهما قال (وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا
فعليه الدية فى ماله) وقال الشافعى رحمه الله لا شئ عليه وعلى هذا الخلاف الصبى والدابة وعن
أبى يوسف رحمه الله انه يجب الضمان فى الدابة ولا يجب فى الصبى والمجنون للشافعى رحمه الله
انه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله فاشبه المكره
ولابى يوسف رحمه الله أن فعل الدابة غير معتبر أصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان أما فعلهما
معتبر فى الجملة حتى لو حققناه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق
مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا أنه قتل شخصا معصوما أو أتلف مالا
معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما حقهما
لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف

العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال (ومن شهر على غيره سلاحا فى المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص) معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من أن يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال (ومن دخل عليه غيره ليلا وأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شئ عليه) لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا فى الابتداء فكذا استردادا فى الانتهاء وتأويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل والله أعلم

﴿ باب القصاص فيما دون النفس ﴾

قال (ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده أكبر من اليد المقطوعة) لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص ومالا فلا وقد أمكن فى القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة قال (ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه) لامتناع المماثلة فى القلع وان كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال فى الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم قال (وفى السن القصاص) لقوله تعالى والسن بالسن (وان كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر) لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال (وفى كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص) لما تلوناه قال (ولا قصاص فى عظم الا فى السن) وهذا اللفظ مروى عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما وقال عليه الصلاة والسلام لا قصاص فى العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة فى غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من أصله يقلع الثانى فيتماثلان قال (وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ) لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذى يختلف باختلافها دون مادون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ (ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين) خلافا للشافعى رحمه الله فى جميع ذلك الا فى الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت فى القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت فى البطش لانه لا ضابط له فاعتبر أصله وبخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه (ويجب القصاص فى الاطراف بين المسلم

والكافر) للتساوي بينهما في الارش قال (ومن قطع يد رجل من نصف الساعد اوجرحه
جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه) لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط
فيه وكذا البرء نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا قال (واذا كانت يد المقطوع صحيحة و يد
القاطع شلاء أو ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شئ له غيرها وان شاء
أخذ الارش كاملا) لان استيفاء الحق كملا متعذر فله أن يتجوز بدون حقه وله أن يعدل الى
العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضي به
فيسقط حقه كما اذا رضي بالردي مكان الجيد (ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه أو قطعت
ظلما فلا شئ له) عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط
بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة حيث يجب عليه الارش لانه أوفى به
حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى قال (ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي
لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من أي
الجانبين شاء وان شاء أخذ الارش) لان الشجة موجبة لكونها مشينة فقط فيزداد الشين بزيادتها
وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق
المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يخير أيضا لانه يتعذر الاستيفاء
كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته الى قفاه
ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال (ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر
عن أبي يوسف رحمه الله انه اذا قطع من أصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض
و ينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة (الا ان تقطع الحشفة) لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو
قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا
قطع كله أو بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة
اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها
لانه يتعذر اعتبارها

❊فصل❊ قال (واذا اصطلح القاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص و وجب المال قليلا
وكان أو كثيرا) لقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شئ الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح
قوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله أعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو
الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على
احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص

مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال
واجب بالعقد والاصل فى امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما جبت بالعقد قال
(وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على ألف
درهم ففعل فالالف على الحر ومولى العبد نصفان) لان عقد الصلح أضيف اليهما (واذا عفا
احد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم
نصيبهم من الدية) واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك
والشافعى رحمهما الله فى الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهى بالنسب دون السبب لانقطاعه
بالموت ولنا انه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابى من عقل زوجها أشيم ولانه حق
يجرى فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصابى
وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما فى حق الارث أو يثبت بعد الموت
مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط
عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض فى القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزأ
بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا أحد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من غير شبهة
لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين
مالا لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل وليس للعافى شئ من المال لانه أسقط حقه بفعله ورضاه
ثم يجب ما يجب من المال فى ثلاث سنين وقال زفر رحمه الله يجب فى سنتين فيما اذا كان بين
الشريكين وعفا أحدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا ان هذ
بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه والواجب فى اليد كل بدل الطرف وهو
فى سنتين فى الشرع ويجب فى ماله لانه عمد قال (واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم)
لقول عمر رضى الله عنه فيه لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب
والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء (واذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء
المقتولين قتل لجماعتهم ولا شئ لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين) وقال
الشافعى رحمه الله يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم
وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد
قتلات والذى تحقق فى حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس فى الفصل الاول الا انه عرف
بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم يكن
كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل

منهم

منهم اذهو لا يتجزأ ولان القصاص شرع مع المنافى لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به قال (ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص) لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجانى ويتاتى فيه خلاف الشافعى رحمه الله اذ الواجب أحدهما عنده قال (واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية) وقال الشافعى رحمه الله تقطع يداهما والمفروض اذا أخذا سكينا وأمراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالانفس والايدى تابعة لها فاخذت حكمها أو يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزئ فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزأ ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل فى حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال (وعليهما نصف الدية) لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها (وان قطع واحد يمينى رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا أو على التعاقب) وقال الشافعى رحمه الله فى التعاقب يقطع بالاول وفى القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثانى كالرهن بعد الرهن وفى القران اليد الواحدة لا تفى بالحقين فترجح بالقرعة ولنا انهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى حكمه كالغريمين فى التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافى فلا يظهر الا فى حق الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثانى بخلاف الرهن لان الحق ثابت فى المحل وصار كما اذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب فتستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفى لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر فى الدية لانه أوفى به حقا مستحقا قال (واذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود) وقال زفر رحمه الله لا يصح اقراره لانه يلاقى حق المولى بالابطال فصار كما اذا أقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على أصل الحرية فى حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به) ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثانى على عاقلته) لان الاول عمد والثانى أحد نوعى الخطا كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

﴿فصل﴾ قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ أو قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين

جميعا) والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن تتميما للاول لان القتل فى الاعم يقع بضربات معاقبة وفى اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع فى هذه الفصول فى الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفى الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفى بدية واحدة (وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين هذين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة فى الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر ولان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهى بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان أرش اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء فى حالة واحدة ولا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا يجتمعان قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة) لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة فى حق الارش وان بقيت معتبرة فى حق التعزير فبقى الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبى حنيفة رحمه الله وعن أبى يوسف رحمه الله فى مثله حكومة عدل وعن محمد رحمه الله انه تجب أجرة الطبيب (وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقى له أثر تجب حكومة العدل) لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر فى النفس قال (ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية فى ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا اذا عفى عن القطع فهو عفو عن النفس أيضا وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر أو القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن أحد موجبيه أيهما كان ولان اسم القطع يتناول السارى والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية

تبين ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن الواجب ضمانه وكان ينبغى ان يجب القصاص وهو القياس
لانه هو الموجب للعمد الا ان فى الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو أورثت شبهة وهى
دارئة للقود ولا نسلم ان السارى نوع من القطع وان السراية صفة له بل السارى قتل من
الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه
اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح فى العفو عن السراية والقتل
ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد فى هذه الوجوه وفاقا وخلافا آذن بذلك اطلاقه الا
انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم
يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا أوصى باعارة أرضه اما الخطأ فموجبه المال
وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال (واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات
فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففى مالها) وهذا عند أبى حنيفة
رحمه الله لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون
تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص فى الطرف وهو
ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية فى مالها
لان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما نبين ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص فى الطرف
فى هذه الصورة واذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية وتجب فى مالها لانه
عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة
ان كانا على السواء وان كان فى الدية فضل ترده على الورثة وان كان فى المهر فضل ترده الورثة
عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش
لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما فى اليد ولا شئ فيها ولا يتقاصان
لان الدية تجب على العاقلة فى الخطأ والمهر لها قال (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على
الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها) لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح
مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر أو خنزير ولا شئ له عليها لانه لما
جعل القصاص مهرا فقد رضى بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلا كما اذا أسقط القصاص بشرط ان
يصير مالا فانه يسقط أصلا (وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) لان
هذا تزوج على الدية وهى تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض
مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح فى حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة
فيكون وصية فيرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان ترجع عليهم بموجب

جناياتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من أهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج
من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما
اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما فى الفصلين
قال (ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص لانه منه) تبين ان الجناية
كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود اذا
استوفى طرف من عليه القود وعن أبى يوسف رحمه الله انه يسقط حقه فى القصاص لانه لما أقدم
على القطع فقد أبرأه عما وراءه ونحن نقول انما أقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية
تبين انه فى القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال (ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا
وقد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا شئ
عليه) لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع أجزائها ولهذا لو لم
يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى وما برأ أو ما عفا وما سرى أو قطع ثم حز رقبته قبل البرء أو
بعده وصار كما اذا كان له قصاص فى الطرف فقطع أصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى
غير حقه لان حقه فى القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة
أن له ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال وانما لا يجب فى الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا
بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص فى النفس ضرورى لا يظهر الا عند الاستيفاء
أو العفو أو الاعتياض لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا
سرى لانه استيفاء واما اذا لم يعف وما سرى قلنا انما يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع
وما عفا وبرأ الصحيح انه على هذا الخلاف واذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء
ولو حز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف
فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه قال (ومن له القصاص
فى الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبى حنيفة رحمه الله
وقالا لا يضمن) لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من
سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس فى وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام
والمأمور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه فى القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان
قتلا ولانه جرح أفضى الى فوات الحياة فى مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص
سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا
كالامام أو عقدا كما فى غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمى الى الحربى وفيما

نحن

نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد والله أعلم بالصواب

﴿باب الشهادة فى القتل﴾

قال (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة) عند أبى حنيفة وقالا لا يعيد وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع) وكذلك الدين يكون لابيهما على آخر لهما فى الخلافية ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك فى المعوض كما فى الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص طريقه طريق الخلافة دون الوراثة الا ترى ان ملك القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله بخلاف الدين والدية لانه من أهل الملك فى الاموال كما اذا نصب شبكة فتعقل بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره (فان كان أقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص) لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه فى القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب (وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا) لما بيناه قال (فان كانت الاولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما) لانهما يجران بشهادتهما الى أنفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا (فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا) معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد أقر بثلثى الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعى سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه (وان كذبهما فلا شئ لهما وللآخر ثلث الدية) معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وهذا لانهما أقرا على أنفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما فى حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك قال (واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا) لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفى ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان

الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشئ جارح قال (واذا اختلف شاهدا القتل فى الايام أو فى البلد أو فى الذى كان به القتل فهو باطل) لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل فى زمان أو فى مكان غير القتل فى زمان أو مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثانى عمد والاول شبه العمد ويختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد (وكذا اذا قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لا أدرى باى شئ قتله فهو باطل) لان المطلق يغاير المقيد قال (وان شهدا انه قتله وقالا لا ندرى باى شئ قتله ففيه الدية استحسانا) والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم فى الشهادة على أجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه وأولوا كذبهم فى نفى العلم بظاهر ما ورد باطلاقه فى أصلاح ذات البين وهذا فى معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية فى ماله لان الاصل فى الفعل العمد فلا يلزم العاقلة قال (واذا أقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولى قتلتماه جميعا فله أن يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولى قتلتماه جميعا بطل ذلك كله) والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب فى الاولى من المقر له وفى الثانية من المشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر فى بعض ما أقر به لا يبطل اقراره فى الباقى وتكذيب المشهود له الشاهد فى بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

﴿باب فى اعتبار حالة القتل﴾

قال (ومن رمى مسلما فارتد المرمى اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامى الدية عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا شئ عليه) لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامى عن موجبه كما اذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمى اذ لا فعل منه بعده فتعتبر حالة الرمى والمرمى اليه فيها متقوم ولهذا تعتبر حالة الرمى فى حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامى بعد الرمى وكذا فى حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية (ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شئ عليه فى قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم) لان الرمى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك قال (وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع

السهم به فعليه قيمته للمولى) عند أبى حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى وقول أبى يوسف رحمه الله مع قول أبى حنيفة رحمه الله له ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقى مجرد الرمى وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمى فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمى لان فعله الرمى وهو مملوك فى تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شئ لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية اما الرمى قبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لانه لا أثر له فى المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تتخالف النهاية والبداية فتجب قيمته للمولى وزفر رحمه الله وان كان يخالفنا فى وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه قال (ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شئ على الرامى) لان المعتبر حالة الرمى وهو مباح الدم فيها (واذا رمى المجوسى صيدا ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله أكل) لان المعتبر حال الرمى فى حق الحل والحرمة اذ الرمى هو الذكاة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده (ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم أحرم فلا شئ عليه) لان الضمان انما يجب بالتعدى وهو رميه فى حالة الاحرام وفى الاول هو محرم وقت الرمى وفى الثانى حلال فلهذا افترقا والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب الديات ﴾

قال (وفى شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل) وقد بيناه فى أول الجنايات قال (وكفارته عتق رقبة مؤمنة) لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية (فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين) بهذا النص (ولا يجزئ فيه الاطعام) لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء أو لكونه كل المذكور على ما عرف (ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم) لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه (ولا يجزئ ما فى البطن) لانه لم تعرف حياته ولا سلامته قال (وهو الكفارة فى الخطا) لما تلوناه (وديته عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة) وقال محمد والشافعى رحمهما الله اثلاثا ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات فى بطونها أولادها لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا

وفيه مائة من الابل أربعون منها فى بطونها أولادها وعن عمر رضى الله عنه ثلاثون حقه وثلاثون جذعة ولان دية شبه العمد أغلظ وذلك فيما قلناولهما قوله عليه السلام فى نفس المؤمن مائة من الابل ومارواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فى صفة التغليظ وابن مسعود رضى الله عنه قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرناه وهو كالمرفوع فيعارض به قال (ولا يثبت التغليظ الا فى الابل خاصة) لان التوقيف فيه فان قضى بالدية فى غير الابل لم تتغلظ لما قلنا قال (وقتل الخطا تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل) لما بينا من قبل قال والدية فى الخطا مائة من الابل أخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة) وهذا قول ابن مسعود رضى الله عنه وانما أخذنا نحن والشافعى به لروايته أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى قتيل قتل خطأ أخماسا على ما نحو ماقال ولان ماقلناه أخف فكان اليق بحالة الخطا لان الخاطئ معذور غير ان عند الشافعى رحمه الله يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه مارويناه قال (ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) وقال الشافعى رحمه الله من الورق اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى ولنا ماروى عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالدية فى قتيل بعشرة آلاف درهم وتأويل ماروى انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك قال (ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) لان عمر رضى الله عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها وله أن التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة وعدمناها فى غيرها وذكر فى المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتى حلة أو مائتى بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما خاصة قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل) وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على على رضى الله عنه ومرفوعا الى النبى صلى الله عليه وسلم وقال الشافعى رحمه الله مادون الثلث لا يتنصف واما مه فيه زيد بن ثابت رضى الله عنه والحجة عليه مارويناه لعمومه ولان حالها انقص من حالة الرجل ومنفعتها أقل وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف فى النفس فكذا فى اطرافها وأجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال (ودية المسلم والذمى سواء) وقال الشافعى رحمه الله دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ودية المجوسى ثمانمائة درهم وقال مالك رحمه الله دية اليهودى والنصرانى ستة آلاف درهم لقوله عليه الصلاة والسلام عقل

الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر ألفا وللشافعى رحمه الله ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل دية النصرانى واليهودى أربعة آلاف درهم ودية المجوسى ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضى الله عنهما وما رواه الشافعى رحمه الله لم يعرف راويه ولم يذكر فى كتب الحديث وما رويناه أشهر مما رواه مالك رحمه الله فانه ظهر به عمل الصحابة رضى الله عنهم والله أعلم

﴿فصل فيما دون النفس﴾ قال (وفى النفس الدية) وقد ذكرناه قال (وفى المارن الدية وفى اللسان الدية وفى الذكر الدية) والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى النفس الدية وفى اللسان الدية وفى المارن الدية وهكذا هو فى الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم والاصل فى الاطراف انه اذا فوت جنس المنفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا فى الآدمى على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمى وأصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها فى اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول فى الانف الدية لانه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن أو الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا فى قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب وقيل ان قدر على اداء أكثرها تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطء والايلاد واستمساك البول والرمى به ودفق الماء والايلاج الذى هو طريق الاعلاق عادة وكذا فى الحشفة الدية كاملة لان الحشفة أصل فى منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال (وفى العقل اذا ذهب بالضرب الدية) لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه فى معاشه ومعاده (وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه) لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روى أن عمر رضى الله عنه قضى باربع ديات فى ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال (وفى اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية) لانه

يفوت به منفعة الجمال قال (وفى شعر الرأس الدية) لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعى رحمه الله
تجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة فى الآدمى ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية
بعضها فى بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب فى شعر العبد نقصان القيمة ولنا
ان اللحية فى وقتها جمال وفى حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما فى الاذنين الشاخصتين
وكذا شعر الرأس جمال ألا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف فى ستره بخلاف شعر الصدور
والساق لانه لا يتعلق به جمال وأما لحية العبد فعن أبى حنيفة رحمه الله انه يجب فيها كمال
القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر
قال (وفى الشارب حكومة عدل وهو الاصح) لانه تابع للحية فصار كبعض اطرافها (ولحية
الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شئ فى حلقه) لان وجوده يشينه ولا يزينه
(وان كان أكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل) لان
فيه بعض الجمال (وان كان متصلا ففيه كمال الدية) لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا
كله اذا فسد المنبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شئ لانه لم يبق أثر الجناية ويؤدب على
ارتكابه ما لا يحل وان نبتت بيضاء فعن أبى حنيفة رحمه الله انه لا يجب شئ فى الحر لانه يزيده
جمالا وفى العبد تجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما تجب حكومة عدل لانه فى غير
أوانه يشينه ولا يزينه ويستوى العمد والخطأ على هذا الجمهور (وفى الحاجبين الدية وفى
أحدهما نصف الدية) وعند مالك والشافعى رحمهما الله تجب حكومة عدل وقدم الكلام فيه
فى اللحية قال (وفى العينين الدية وفى اليدين الدية وفى الرجلين الدية وفى الشفتين الدية وفى
الاذنين الدية وفى الانثيين الدية) كذا روى فى حديث سعيد بن المسيب عن النبى عليه السلام قال
(وفى كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية) وفيما كتبه النبى عليه السلام لعمرو بن حزم وفى
العينين الدية وفى احداهما نصف الدية ولان فى تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس
المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل الدية وفى تفويت احداهما تفويت النصف فيجب نصف الدية
قال (وفى ثديى المرأة الدية) لما فيه من تفويت جنس المنفعة (وفى احداهما نصف دية المرأة)
لما بينا بخلاف ثديى الرجل حيث تجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة
والجمال (وفى حلمتى المرأة الدية كاملة) لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن (وفى
احداهما نصفها) لما بيناه قال (وفى اشفار العينين الدية وفى احداها ربع الدية) قال رضى الله
عنه يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكر محمد رحمه الله فى الاصل للمجاورة كالراوية
للقربة وهى حقيقة فى الحرف وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهى منفعة

دفع الاذى والقذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب فى الكل كل الدية وهى أربعة كان فى أحدها ربع الدية وفى ثلاثة منها ثلاثة ارباعها ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا (ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة) لان الكل كشئ واحد وصار كالمارن مع القصبة قال (وفى كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية) لقوله عليه السلام فى كل أصبع عشر من الابل ولان فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهى عشر فتنقسم الدية عليها قال (والاصابع كلها سواء) لاطلاق الحديث ولانها سواء فى أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا أصابع الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشى فتجب الدية كاملة ثم فيهما عشر أصابع فتنقسم الدية عليها اعشارا قال (وفى كل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففى أحدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففى أحدهما نصف دية الاصبع) وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال (وفى كل سن خمس من الابل) لقوله عليه السلام فى حديث أبى موسى الاشعرى رضى الله عنه وفى كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس كلها سواء لاطلاق ما روينا ولما روى فى بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها فى أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدى والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر فى الجنايات قال (ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها) لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة (ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية) لتفويت جنس المنفعة (وكذا لو احدبه) لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة (فلو زالت الحدوبة لا شئ عليه) لزوالها لا عن أثر

﴿فصل فى الشجاج﴾ قال (الشجاج عشرة الحارصة) وهى التى تحرص الجلد أى تخدشه ولا تخرج الدم (والدامعة) وهى التى تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين (والدامية) وهى التى تسيل الدم (والباضعة) وهى التى تبضع الجلد أى تقطعه (والمتلاحمة) وهى التى تأخذ فى اللحم (والسمحاق) وهى التى تصل الى السمحاق وهى جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموضحة) وهو التى توضح العظم أى تبينه (والهاشمة) وهى التى تهشم العظم أى تكسره (والمنقلة) وهى التى تنقل العظم بعد الكسر أى تحوله (والآمة) وهى التى تصل الى أم الرأس وهو الذى فيه الدماغ قال (ففى الموضحة القصاص ان كانت عمدا) لما روى انه عليه السلام قضى بالقصاص فى الموضحة ولانه يمكن ان ينتهى السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص قال (ولا قصاص فى بقية الشجاج) لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها الا انه لا حد ينتهى

السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابى حنيفة
وقال محمد رحمه الله فى الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه
يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار
ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال (وفيما
دون الموضحة حكومة عدل) لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره
بحكم العدل وهو مأثور عن النخعى وعمر بن عبد العزيز رحمهم الله قال (وفى الموضحة ان كانت
خطأ نصف عشر الدية وفى الهاشمة عشر الدية وفى المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفى
الآمة ثلث الدية وفى الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية) لما روى فى
كتاب عمرو بن حزم رضى الله عنه ان النبى عليه السلام قال وفى الموضحة خمس من الابل
وفى الهاشمة عشر وفى المنقلة خمسة عشر وفى الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية وقال عليه
السلام فى الجائفة ثلث الدية وعن ابى بكر رضى الله عنه انه حكم فى جائفة نفذت الى الجانب
الآخر بثلثى الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احداهما من جانب البطن والاخرى
من جانب الظهر وفى كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب فى النافذة ثلثا الدية وعن محمد رحمه الله
انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هى التى يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدأ مروى
عن ابى يوسف رحمه الله وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة أخرى
تسمى الدامغة وهى التى تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا فى الغالب لا جناية
مقتصرة منفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان فى غير الوجه
والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة فى الصحيح حتى لو تحققت فى غيرهما نحو
الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو
انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذى يلحقه ببقاء أثر الجراحة
والشين يختص بما يظهر منها فى الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل
ليسا من الوجه وهو قول مالك رحمه الله حتى لو وجد فيهما ما ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان
الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به
من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس
أو جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوى رحمه الله ان يقوم مملوكا بدون هذا
الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب
نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخى رحمه الله ينظر كم مقدار هذه

الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان مالا نص فيه يرد الى المنصوص
عليه والله أعلم

﴿فصل﴾ (وفى أصابع اليد نصف الدية) لان فى كل أصبع عشر الدية على ماروينا فكان فى
الخمس نصف الدية ولان فى قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على
مامر (فان قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية) لقوله عليه الصلاة والسلام وفى
اليدين الدية وفى احداهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها
(وان قطعها مع نصف الساعد ففى الاصابع والكف نصف الدية وفى الزيادة حكومة عدل)
وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله وعنه ان مازاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع للاصابع
الى المنكب والى الفخذ لان الشرع أوجب فى اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه
الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف
والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا فى حق التضمين ولانه لا وجه الى أن يكون تبعا
للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى أن يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال (وان
قطع الكف من المفصل وفيها أصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان أصبعان فالخمس ولا شئ فى
الكف) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر
ويدخل القليل فى الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شئ واحد ولا الى اهدار
أحدهما لان كل واحد منهما أصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله أن الاصابع أصل والكف تابع
حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها وأوجب الشرع فى أصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح
من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب (ولو كان فى الكف ثلاثة
أصابع يجب أرش الاصابع ولا شئ فى الكف بالاجماع) لان الاصابع أصول فى التقوم وللاكثر
حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها قال (وفى الاصبع الزائدة
حكومة عدل) تشريفا للآدمى لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة (وكذلك السن
الشاغية) لما قلنا (وفى عين الصبى وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل) وقال الشافعى
رحمه الله تجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود
من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح
حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال
(وكذلك لو استهل الصبى) لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام

وفى الذكر بالحركة وفى العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ فى العمد والخطا قال (ومن شج رجلا فذهب عقله أوشعر رأسه دخل ارش الموضحة فى الدية) لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا أوضحه فمات وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء فى الجملة كما اذا قطع أصبع رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل لان كل واحد منهما جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ماذكرناه قال (وان ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية) قالوا هذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعن أبى يوسف رحمه الله أن الشجة تدخل فى دية السمع والكلام ولا تدخل فى دية البصر وجه الاول أن كلا منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا ووجه الثانى أن السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال (وفى الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص فى ذلك) عند أبى حنيفة رحمه الله قالوا وينبغى أن تجب الدية فيهما (وقالا فى الموضحة القصاص) قالوا وينبغى أن تجب الدية فى العينين قال (وان قطع أصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقى من الاصبع أو اليد كلها لاقصاص عليه فى شئ من ذلك) وينبغى ان تجب الدية فى المفصل الاعلى وفيما بقى حكومة عدل (وكذلك لو كسر بعض سن رجل فاسود مابقى) ولم يحك خلافا وينبغى أن تجب الدية فى السن كله (ولو قال اقطع المفصل واترك مايبس أو اكسر القدر المكسور واترك الباقى لم يكن له ذلك) لان الفعل فى نفسه ماوقع موجبا للقود فصار كما لو شجه منقلة فقال أشجه موضحة وأترك الزيادة لهما فى الخلافية أن الفعل فى محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة فى احداهما لاتتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ منه الى غيره فقتله يجب القود فى الاول والدية فى الثانى وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس فى وسعه السارى فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر فاورثت نهايته شبهة الخطا فى البداية بخلاف النفسين لان أحدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فيه مقصودا قال (وان قطع أصبعا فشلت الى جنبها أخرى فلا قصاص فى شئ من ذلك) عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا هما وزفر والحسن رحمهم الله يقتص من الاولى وفى الثانية ارشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه

وروى ابن سماعة عن محمد في المسئلة الاولى وهو ما اذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد رحمه الله على هذه الرواية أن سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة قال (ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص) الا على رواية ابن سماعة رحمه الله (ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين هاتين قال (ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الارش في قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا عليه الارش كاملا) لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله أن الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة (وعن أبي يوسف رحمه الله انه تجب حكومة عدل) لمكان الالم الحاصل (ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الارش بكماله) لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود (وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت) لانها لا تعود الى ما كانت عليه (ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم) لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها أخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغي أن ينتظر الياس في ذلك للقصاص الا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت تبين انا أخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا أنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال قال (ولو ضرب انسان سن انسان فتحركت يستأنى حولا) ليظهر أثر فعله (فلو أجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب) ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك فيؤثر في السقوط فافترقا (وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب) لانه ينكر أثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر (ولو لم تسقط لا شيء على الضارب) وعن أبي يوسف انه تجب حكومة الالم وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى (ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطا على العاقلة وفي العمد في ماله

ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه أن يضربه ضربا تسود منه (وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقى)
لاقصاص لما ذكرنا (وكذا لو احمر او اخضر) ولو اصفر فيه روايتان قال (ومن شج رجلا فالتحمت
ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الارش) عند أبى حنيفة رحمه الله لزوال الشين الموجب وقال أبو
يوسف رحمه الله يجب عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل مازال
فيجب تقويمه وقال محمد عليه أجرة الطبيب لانه انما لزمه أجرة الطبيب وثمن الدواء
بفعله فصار كانه أخذ ذلك من ماله الا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول ان المنافع على أصلنا لا تتقوم
الا بعقد أو بشبهة ولم يوجد فى حق الجانى فلا يغرم شيأ قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط
فجرحه فبرأ منها فعليه ارش الضرب) معناه اذا بقى أثر الضرب فاما اذا لم يبق أثره فهو على
اختلاف قد مضى فى الشجة الملتحمة قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله خطأ قبل البرء فعليه
الدية وسقط ارش اليد) لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس
بجميع أجزائها فدخل الطرف فى النفس كانه قتله ابتداء قال (ومن جرح رجلا جراحة لم
يقتص منه حتى يبرأ) وقال الشافعى رحمه الله يقتص منه فى الحال اعتبارا بالقصاص فى النفس
وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى فى الجراحات سنة ولان
الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها فى الحال غير معلوم فلعلها تسرى الى النفس
فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال (وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية فى مال
القاتل وكل أرش وجب بالصلح فهو فى مال القاتل) لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا
الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب فى ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه
العمد والثانى يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن فى البيع قال (واذا قتل الاب ابنه
عمدا فالدية فى ماله فى ثلاث سنين) وقال الشافعى رحمه الله تجب حالة لان الاصل أن ما يجب
بالاتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف فى الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب
جبرا لحقه وحقه فى نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا
كدية الخطا وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الآدمى بالمال لعدم التماثل والتقويم
ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ
باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا (وكل جناية اعترف بها الجانى فهى فى ماله ولا يصدق على
عاقلته) لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر فى حق العاقلة قال
(وعمد الصبى والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا
والمعتوه كالمجنون) وقال الشافعى رحمه الله عمده عمد حتى تجب الدية فى ماله حالة لانه عمد

حقيقة

حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه يتخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص فنستحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب فى ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على أصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ماروى عن على رضى الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطؤه سواء ولان الصبى مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبى وهو اعذر أولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبى قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم والله أعلم

﴿فصل فى الجنين﴾ قال (واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة وهى نصف عشر الدية) قال رضى الله عنه معناه دية الرجل وهذا فى الذكر وفى الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس أن لا يجب شئ لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ماروى ان النبى عليه السلام قال فى الجنين غرة عبد او أمة قيمته خمسمائة ويروى أو خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعى (وهى على العاقلة) عندنا اذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك فى ماله لانه بدل الجزء ولنا أنه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا اندى من لا صاح ولا استهل الحديث الا أن العواقل لا تعقل مادون خمسمائة (وتجب فى سنة) وقال الشافعى رحمه الله فى ثلاث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ماروى عن محمد بن الحسن رحمه الله أنه قال بلغنا أن رسول الله عليه السلام جعله على العاقلة فى سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول فى حق التوريث وبالثانى فى حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب فى سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب فى ثلاث سنين (ويستوى فيه الذكر والانثى) لاطلاق ماروينا ولان فى الحيين انما ظهر التفاوت لتفاوت معانى الآدمية ولا تفاوت فى الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة (فان ألقته حيا ثم مات ففيه دية كاملة) لانه أتلف حيا بالضرب السابق (وان ألقته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها) وقد صح أنه عليه السلام قضى فى هذا بالدية والغرة (وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية فى

الام وديه فى الجنين) لانه قاتل شخصين (وان ماتت ثم ألقت ميتا فعليه دية فى الام ولاشئ فى الجنين) وقال الشافعى رحمه الله تجب الغرة فى الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا ألقته ميتا وهى حية ولنا أن موت الام أحد سببى موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال (ومايجب فى الجنين موروث عنه) لانه بدل نفسه فيرثه ورثته (ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها) لانه قاتل بغير حق مباشرة ولاميراث للقاتل قال (وفى جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لوكان حيا وعشر قيمته لوكان انثى) وقال الشافعى رحمه الله فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولنا أنه بدل نفسه لان ضمان الطرف لايجب الا عند ظهور النقصان ولامعتبر به فى ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال أبو يوسف رحمه الله يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان فى قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكران شاء الله تعالى فصح الاعتبار على أصله قال (فان ضربت فاعتق المولى مافى بطنها ثم ألقته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولاتجب الدية وان مات بعد العتق) لانه قتله بالضرب السابق وقد كان فى حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه بالضرب صار قاتلا اياه وهو حى فنظرنا الى حالتى السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد رحمه الله تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا كفارة فى الجنين) وعند الشافعى رحمه الله تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت فى النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا أن يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر مما صنع (والجنين الذى قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام فى جميع هذه الاحكام) لاطلاق مارويناه ولانه ولد فى حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا فى حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز عن العلقة والدم فكان نفسا والله أعلم

﴿باب مايحدث الرجل فى الطريق﴾

قال (ومن أخرج الى الطريق الاعظم كنيفا أو ميزابا أو جرصنا أو بنى دكانا فلرجل من عرض الناس أن ينزعه) لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما فى الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيأ فكذا فى الحق المشترك قال (ويسع للذى عمله أن ينتفع به مالم يضر بالمسلمين) لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق

ما فى معناه به اذا المانع متعنت فاذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر
ولا ضرار فى الاسلام قال (وليس لاحد من أهل الدرب الذى ليس بنافذ أن يشرع كنيفا ولا
ميزابا الا باذنهم) لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف
أضر بهم أولم يضر الا باذنهم وفى الطريق النافذ له التصرف الا اذا أضر لانه يتعذر الوصول الى
اذن الكل فجعل فى حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا
كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة وحكما) قال (واذا
أشرع فى الطريق روشنا أو ميزابا أو نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته) لانه مسبب
لتلفه متعد بشغله هواء الطريق وهذا من أسباب الضمان وهو الاصل وكذلك اذا سقط شئ
مما ذكرنا فى أول الباب (وكذلك اذا تعثر بنقضه انسان أو عطبت به دابة وان عثر بذلك
رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذى أحدثه فيهما) لانه يصير كالدافع اياه عليه (وان
سقط الميزاب نظر فان أصاب ما كان منه فى الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه) لانه غير متعد
فيه لما انه وضعه فى ملكه (وان أصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذى وضعه
فيه) لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه أن يركبه فى الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن
الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة (ولو أصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف الدية وهدر
النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم أى طرف أصابه يضمن النصف) اعتبارا
للاحوال (ولو أشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة
فى الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشترى حتى عطب بها انسان فالضمان على
البائع) لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب (ولو وضع فى الطريق جمرا
فاحرق شيأ يضمنه) لانه متعد فيه (ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم أحرق شيأ لم يضمنه)
لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى اليها
فجعل كمباشرته (ولو استأجر رب الدار العملة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل انسانا قبل
أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) لان التلف بفعلهم (ومالم يفرغوا لم يكن العمل مسلما
الى رب الدار) وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل فى عقده
فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم (وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا)
لانه صح الاستئجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكأنه
فعل بنفسه فلهذا يضمنه (وكذا اذا صب الماء فى الطريق فعطب به انسان أو دابة وكذا اذا رش

الماء أو توضأ) لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة (بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد أو وضع متاعه) لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة أما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به عادة لا يضمن (ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا أثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في أخذها جميعه أو بعضه (ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا) واذا استأجر أجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر قال (ومن حفر بئرا في طريق المسلمين أو وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت به بهيمة فضمانها في ماله) لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما أحدث شيأ فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل بها انسان كان ضامنا لتعديه بشغله (ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه) لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر (وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن) لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة (وان كان بغير أمره فهو متعد) اما بالتصرف في حق غيره أو بالافتيات على رأى الامام أو هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف (وكذا ان حفره في ملكه لم يضمن) لانه غير متعد (وكذا اذا حفره في فناء داره) لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له أو كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح (ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا أو غما لا ضمان على الحافر) عند أبي حنيفة رحمه الله

لانه مات لمعنى فى نفسه فلا يضاف الى الحفر والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال أبو يوسف ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع فلا يختص بالبئر وقال محمد هو ضامن فى الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه قال (وان استأجر أجراء فحفروها له فى غير فنائه فذلك على المستأجر ولا شىء على الاجراء ان لم يعلموا أنها فى غير فنائه) لان الاجارة صحت ظاهرا اذ لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره الا أن هناك يضمن المأمور ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ويرجع المغرور وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستأجر متعد فيرجح جانبه (وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء) لانه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقى الفعل مضافا اليهم (وان قال لهم هذا فنائى وليس لى فيه حق الحفر فحفروه فمات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا) لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم (وفى الاستحسان الضمان على المستأجر) لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده فى التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر فى ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال (ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذى جعل قنطرة وكذلك ان وضع خشبة فى الطريق فتعمد رجل المرور عليها) لان الاول تعد هو تسبيب والثانى تعد هو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشر أولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما فى الحافر مع الملقى قال (ومن حمل شيأ فى الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به انسان لم يضمن) وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق أن حامل الشىء قاصد حفظه فلا حرج فى التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد رحمه الله انه اذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال (واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا أو جعل فيه بوارى أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذى فعل ذلك من غير العشيرة ضمن) قالوا هذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن فى الوجهين لان هذه من القرب وكل أحد مأذون فى اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله

باذن واحد من أهل المسجد ولابى حنيفة رحمه الله وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولى وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير أهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا أو مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لاينافى الغرامة اذا أخطأ الطريق كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله قال (وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان فى الصلاة وان كان فى غير الصلاة ضمن) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لايضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه فى أثناء الصلاة أو نام فى غير الصلاة أو مر فيه مارا وقعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لايضمن بالاتفاق لهما ان المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلاة أو لان المنتظر للصلاة فى الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان فى الصلاة وله ان المسجد انما بنى للصلاة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا أو مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمى الى الكافر أو الى الصيد والمشى فى الطريق والمشى فى المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره (وان جلس رجل من غير العشيرة فيه فى الصلاة فتعقل به انسان ينبغى ان لايضمن) لان المسجد بنى للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة ان كان مفوضا الى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلى فيه وحده والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل فى الحائط المائل﴾ قال (واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه فى مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال) والقياس ان لايضمن لانه لاصنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان أصل البناء كان فى ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه ورفعه فى يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان فى حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة

حذرا على أنفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها العاقلة لانه فى كونه جناية دون الخطاء فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدى الى استئصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها فى ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد أن يقول الرجل اشهدوا انى قد تقدمت الى هذا الرجل فى هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل أن يهى الحائط لانعدام التعدى قال (ولو بنى الحائط مائلا فى الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد) لان البناء تعد ابتداء كما فى شراع الجناح قال (وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم) لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك فى مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوى أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمى لان الناس كلهم شركاء فى المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان أو امرأة حرا كان أو مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فينفرد كل صاحب حق به (وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة) لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم أن يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها ولو أجله صاحب الدار أو ابرأه منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضى أو من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشترى برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشترى لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصى والى أب اليتيم أو أمه فى حائط الصبى لقيام الولاية وذكر الام فى الزيادات والضمان فى مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين أو لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فى عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من

وجه على المولى وضمان المال الىق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى أحد الورثة فى نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضى (ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه) لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه (وان عطب بالنقض ضمنه) لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل (ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهى ملكه ضمنه) لان التفريغ اليه (وان كان ملك غيره لا يضمنه) لان التفريغ الى مالكها قال (واذا كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بئرا والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين أو بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا عليه نصف الدية على عاقلته فى الفصلين) لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما فى عقر الاسد ونهس الحية وجرح الرجل وله أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف الا أن عند المزاحمة أضيف الى الكل لعدم الاولوية والله أعلم

﴿باب جناية البهيمة والجناية عليها﴾

قال (الراكب ضامن لما أوطأت الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها) والاصل أن المرور فى طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به (فان أوقفها فى الطريق ضمن النفحة أيضا) لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا فى الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال (وان أصابت بيدها أو برجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا

صغيرا

صغيرا ففقأ عين انسان أو أفسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن) لانه في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف قال (فان راثت أو بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن) لانه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه (وكذا اذا أوقفها لذلك) لان لدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان أوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها أو بولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو أكثر ضررا بالمارة من السير لما انه أدوم منه فلا يلحق به (والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها) والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري رحمه الله في مختصره واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله ووجهه أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة أيضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعي رحمه الله يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار ومعناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب (وفي الجامع الصغير وكل شئ ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد) لانهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب (الا أن على الراكب الكفارة) فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها (ولا كفارة عليهما) ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شئ وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة (ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة) لان الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب والاضافة الى المباشر أولى وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان قال (واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روى ذلك

عن علي رضى الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا أن الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله فى نفسه مباح وهو المشى فى الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة فى حق الضمان كالماشى اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شئ من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح فى غيره سبب للضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروى عن على رضى الله عنه انه أوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق هذا الذى ذكرنا اذا كانا حرين فى العمد والخطا ولو كان عبدين يهدر الدم فى الخطا لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا فى العمد لان كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا ففى الخطا تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول فى الدية فيما زاد على القيمة لان على أصل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمى فقد أخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفى العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف فى العمد وهذا القدر يأخذه ولى المقتول وما على العبد فى رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة قال (ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها) لانه متعد فى هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد فى العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما فى المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيقيد بشرط السلامة قال (ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ فان وطئ بعيرا انسانا ضمن به القائد والدية على العاقلة) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدى سبب الضمان الا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال فى ماله (وان كان معه سائق فالضمان عليهما) لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق فى جانب من الابل اما اذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام لزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه قال (وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ

المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية) لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك
الصيانة صار متعديا وفى التسبيب الدية على العاقلة كما فى القتل الخطاء (ثم يرجعون بها على
عاقلة الرابط) لانه هو الذى أوقعهم فى هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما فى الابتداء وكل
منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون
الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لانه أمر بالقود دلالة فاذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من
ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد
بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال (ومن أرسل بهيمة وكان لها
سائقا فاصابت فى فورها يضمنه) لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق قال (ولو أرسل طيرا أو
ساقه فاصاب فى فوره لم يضمن) والفرق أن بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير
لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن
ولو أرسله الى صيد ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق أن البهيمة مختارة فى
فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيرها هذا هو الحقيقة الا أن الحاجة مست
فى الاصطياد فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة فى حق
ضمان العدوان وروى عن أبى يوسف أنه أوجب الضمان فى هذا كله احتياطا صيانة لاموال
الناس قال رضى الله عنه وذكر فى المبسوط اذا أرسل دابة فى طريق المسلمين فاصابت فى فورها
فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة أو يسرة انقطع
حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد
الارسال فى الاصطياد ثم سارت فاخذت الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكنه
من الصيد وهذه تنافى مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا أرسله
الى صيد فاصاب نفسا أو مالا فى فوره لا يضمنه من أرسله وفى الارسال فى الطريق يضمنه لان
شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف
التعدى قال (ولو أرسل بهيمة فافسدت زرعا على فوره ضمن المرسل وان مالت يمينا أو شمالا
وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا أو آدميا ليلا أو نهارا لا ضمان
على صاحبها) لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار وقال محمد رحمه الله هى المنفلتة ولان
الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته قال (شاة لقصاب فقئت
عينها ففيها ما نقصها) لان المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان (وفى عين بقرة الجزار

وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس) وقال الشافعي رحمه الله فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ماروى أنه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين فبشبه الآدمي في ايجاب الربع وبشبه الآخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكانها ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات احداها قال (ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت رجلا أو نخسها فنفحت رجلا أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب) هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف أيضا قال (وان نفحت الناخس كان دمه هدرا) لانه بمنزلة الجاني على نفسه (وان ألقت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس) لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة قال (ولو وثبت بنخسه على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب) لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه أمره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح أمره به وانتقل اليه لمعنى الامر قال (ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها) لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط هذه العلة بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما أن الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعل بأمره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما أراه لانه لم يأمره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا أمر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت

انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبى فانهم لا يرجعون على الآمر لانه آمره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء فى فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن فى فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس فيبقى السوق مضافا الى الراكب على الكمال (ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت فى فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره) لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان فى رقبته وان كان صبيا ففى ماله لانهما مؤاخذان بافعالهما (ولو نخسها شئ منصوب فى الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشئ) لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله والله أعلم

﴿باب جناية المملوك والجناية عليه﴾

قال (واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها أو تفديه) وقال الشافعى رحمه الله جنايته فى رقبته يباع فيها الا أن يقضى المولى الارش وفائدة الاختلاف فى اتباع الجانى بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم له أن الاصل فى موجب الجناية أن يجب على المتلف لانه هو الجانى الا أن العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عنده أى عند الشافعى رحمه الله بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب فى ذمته كما فى الدين و يتعلق برقبته يباع فيه كما فى الجناية على المال ولنا أن الاصل فى الجناية على الآدمى حالة الخطأ أن تتباعد عن الجانى تحرزا عن استئصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجانى اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل فى العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على أهل الديوان بخلاف الذمى لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب فى ذمته صيانة للدم عن الهدر و بخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا أنه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفى اثبات الخيرة نوع تخفيف فى حقه كيلا يستأصل غير أن الواجب الاصلى هو الدفع فى الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما فى مال الزكاة بخلاف موت الجانى الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد فى صدقة الفطر قال (فان دفعه ملكه ولى الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا) أما الدفع فلان التأجيل فى الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين وأما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد فى الشرع وان كان مقدرا

بالمتلف ولهذا سمى فداء فيقوم مقامه و يأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل (وأيهما اختاره وفعله لاشئ لولى الجناية غيره) اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه و بين الرقبة سقط وأما الفداء فلانه لاحق له الا الارش فاذا أوفاه حقه سلم العبد له فان لم يختر شيأ حتى مات العبد بطل حق المجنى عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال (فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الاولى) معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كان لم تكن وهذا ابتداء جناية قال (وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى وليى الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما) لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ألا ترى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجنى عليه الاول أولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر أرش جنايتيهما (وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع أروشهم) لما ذكرنا (ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا) لان أرش العين على النصف من أرش النفس وعلى هذا حكم الشجات (وللمولى أن يفدى من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد) لان الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها وهى الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدى من أحدهما و يدفع الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهى الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق فى موجبها قال (فان أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن أرشها وان أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش) لان فى الاول فوت حقه فيضمنه وحقه فى أقلهما ولا يصير مختار الفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفى الثانى صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولى الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع ليه وليس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الامر كما قاله المقر والحقه الكرخى بالبيع واخواته لانه ملكه فى الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب فى الكتاب ينتظم النفس ومادونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشترى لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا ولو باعه مولاه من المجنى عليه فهو مختار بخلاف

ما اذا وهبه منه لان المستحق له أخذه بغير عوض وهو متحقق فى الهبة دون البيع واعتاق المجنى
عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه
فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزأ منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا
لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه
لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط
ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن فى الاظهر من الروايات وكذا بالاذن فى التجارة وان ركبه
دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولى الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين
لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته قال (ومن قال لعبده ان قتلت فلانا أو رميته أو شججته
فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك) وقال زفر رحمه الله لا يصير مختارا للفداء لان وقت
تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا ألا ترى انه لو
علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق
والطلاق لا يحنث فى يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل
عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما اذا أعتقه بعد الجناية ألا يرى ان من قال لامرأته ان دخلت
الدار فوالله لا أقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت
طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض
بخلاف ما أورد لان غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا
يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعى اليه والظاهر انه
يفعله فهذا دلالة الاختيار قال (واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء أو بغير قضاء فاعتقه
ثم مات من قطع اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على المولى وقيل للاولياء اقتلوه أو اعفوا
عنه) ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال
لان اطراف العبد لا يجرى القصاص بينها وبين اطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير
واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما
اذا وطئ المطلقة الثلاث فى عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا أعتقه
لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر ان من اقدم على تصرف
يقصد تصحيحه ولا صحة له الا ان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه
ورضى المولى به يصح وقد رضى المولى به لانه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل يكون
ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا أعتق يصح الصلح فى ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم

يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم فى العفو والقتل وذكر فى بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية الى آخر ماذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال (يجب قيل ماذكرههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان) وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له فى اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص اما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ماذكرناه من قبل قال (واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية) لانه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا أتلفه أجنبى حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبى انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر فى مقابلته الحق لانه دونه وههنا يجب لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهر ان فيضمنهما قال (واذا استدانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت فانه يباع الولد معها فى الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها) والفرق ان الدين وصف حكمى فيها واجب فى ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسرى الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع فى ذمة المولى لا فى ذمتها وانما يلاقيها أثر الفعل الحقيقى وهو الدفع والسراية فى الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال (واذا كان العبد لرجل زعم رجل آخر ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل الزاعم خطأ فلا شئ له) لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابرأ العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال (واذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد) لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب فى جناية العبد على المولى دفعا أو فداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتى وأنا صبى أو بعت دارى وأنا صبى أو قال طلقت امرأتى وأنا مجنون

او بعت دارى وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال (ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت أمتى وقالت قطعتها وأنا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما أخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يضمن الا شيأ قائما بعينه يؤمر برده عليها) لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما فى المسئلة الاولى وكما فى الوطء والغلة وفى الشئ القائم أقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهى منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعينى اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوأة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهى مديونة وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر وكذا أخذه من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان قال (واذا أمر العبد المحجور عليه صبيا حرا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبى الدية) لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل (ولا شئ على الآمر) وكذا اذا كان الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبى على الصبى الآمر أبدا ويرجعون على العبد الآمر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان أهلية العبد بخلاف الصبى لانه قاصر الاهلية قال (وكذلك ان أمر عبدا) معناه أن يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما (يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء) ولا رجوع له على الاول فى الحال ويجب أن يرجع بعد العتق باقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر فى دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ اما اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد قال (واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل منهما وليان فعفا أحد وليى كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم) لانه لما عفا أحد وليى كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم فى الرقبة أو فى عشرين ألفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقى النصف (فان كان قتل أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفا أحد وليى العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف للذى لم يعف من وليى العمد وعشرة آلاف لوليى

الخطأ لانه لما انقلب العمد مالا كان حق وليى الخطأ فى كل الدية عشرة آلاف وحق أحد وليى العمد فى نصفها خمسة آلاف ولا تضايق فى الفداء فتجب خمسة عشرة الفا (وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لوليى الخطأ وثلثه لغير العافى من وليى العمد عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يدفعه ارباعا ثلاثة ارباعه لوليى الخطأ وربعه لولى العمد) فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لوليى الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين فى النصف الآخر فيتنصف فلهذا يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسئلة نظائر واضداد ذكرناها فى الزيادات قال (واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما) أى قريبا لهما (فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يدفع الذى عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية) وذكر فى بعض النسخ قتل وليا لهما والمراد القريب أيضا وذكر فى بعض النسخ قول محمد رحمه الله مع أبى حنيفة رحمه الله وذكر فى الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا أحد الابنين بطل ذلك كله عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف رحمه الله الجواب فيه كالجواب فى مسئلة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لابى يوسف رحمه الله ان حق القصاص ثبت فى العبد على سبيل الشيوع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شائع فى الكل فيكون نصفه فى نصيبه والنصف فى نصيب صاحبه فمايكون فى نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان فى نصيب صاحبه بقى وهو نصف النصف وهو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك أو افتده بربع الدية ولهما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده دينا فلا تخلفه الورثة فيه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ (ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف الا عشرة وفى الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف والشافعى رحمهم الله تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا فهلك فى يده تجب قيمته بالغة ما بلغ بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو

لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية أصلا أو بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابى حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله أوجبها مطلقا وهى اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك أمر الدية وفى قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ونقصنا منها فى العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله بن عباس رضى الله عنهما قال (وفى يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة) لان اليد من الآدمى نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة فى العبد كالدية فى الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه وان غصب أمة قيمتها عشرون ألفا فماتت فى يده فعليه تمام قيمتها لما بينا أن ضمان الغصب ضمان المالية قال (ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا قصاص فى ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى أن يعتقه ويبطل الفضل) وانما لم يجب القصاص فى الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون لورثته فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين فى الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد رحمه الله فى الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر بعتنى هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى

فيستوفيه وهذا لان المقضى له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضى له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك فى الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذى يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذ امتنع القصاص فى الفصلين عند محمد رحمه الله يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب فى الفصل الاول كالجواب عند محمد رحمه الله فى الثانى قال (ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى) لان العتق غير نازل فى المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين فى حق الشجة (ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد) والفرق ان البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقى محلا للبيان فاعتبر انشاء فى حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق فى المجهول لانه لا يفيد فائدة وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهى فى النفس دون الاطراف فبقى مملوكا فى حقها قال (ومن فقأ عينى عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شئ له من النقصان عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته) وقال الشافعى رحمه الله يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقى الباقى على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة فى الذات وهى معتبرة فى حق الاطراف لسقوط اعتبارها فى حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عينى حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عينى المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفى قطع احدى اليدين

وفق ءاحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة وطهما أن معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذى قلناه كما فى سائر الاموال فان من خرج ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان وله أن المالية وان كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفى الاطراف أيضا الاترى أن عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الآدمية لان موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام الاولى أن لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن أحكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

﴿فصل فى جناية المدبر وأم الولد﴾ قال (واذ جنى المدبر أو أم الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها) لما روى عن أبى عبيدة رضى الله عنه انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا عن تسليمه فى الجناية بالتدبير أو الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولى الجناية فى أكثر من الارش ولا منع من المولى فى أكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد فى جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة فى الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء (وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة) لانه لا منع منه الا فى رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد فى حال الجناية عليه لان المنع فى هذا الوقت يتحقق قال (فان جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولى الاولى بقضاء فلا شئ عليه) لانه مجبور على الدفع قال (وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولى بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولى الجناية وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا شئ على المولى) لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولابى حنيفة رحمه الله ان المولى جان يدفع حق ولى الجناية الثانية طوعا وولى الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولى الجناية الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها فجعلت كالمقارنة فى حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولى الثانية عملا بالشبهين (واذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات

لم تلزمه الا قيمة واحدة) لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة (وأم الولد بمنزلة المدبر فى جميع ماوصفنا) لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير (واذا أقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز اقراره ولا يلزمه به شئ عتق أو لم يعتق) لان موجب جناية الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد والله أعلم

﴿باب غصب العبد والمدبر والصبى والجناية فى ذلك﴾

قال (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات فى يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده فى يد الغاصب فمات من ذلك فى يد الغاصب لاشئ عليه) والفرق أن الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع فى الفصل الثانى فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال (واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات فى يده فهو ضامن) لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله قال (ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لان المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق أولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الارقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها ويكون بين وليى الجنايتين نصفين لاستوائهما فى الموجب قال (ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب) لانه استحق نصف البدل بسبب كان فى يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال (ويدفعه الى ولى الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له) لان الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ماسلم لولى الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدى الى اجتماع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما أن حق الاول فى جميع القيمة لانه حين جنى فى حقه لا يزاحمه أحد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثانى فاذا وجد شيأ من بدل العبد فى يد المالك فارغا أخذه ليتم حقه فاذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان فى يد الغاصب قال (وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب) لما بينا فى الفصل الاول غير أن استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ كانت هى فى يد الغاصب فيدفعه الى ولى الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة فى العبد فقال (ومن غصب عبدا

فجنى فى يده ثم رده فجنى جناية أخرى فان المولى يدفعه الى ولى الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى فى يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به) والجواب فى العبد كالجواب فى المدبر فى جميع ماذكرنا الآن فى هذا الفصل يدفع المولى العبد وفى الاول يدفع القيمة قال (ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة (ثم يرجع بقيمته على الغاصب) لان الجنايتين كانتا فى يد الغاصب (فيدفع نصفها الى الاول) لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لاحق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال (ويرجع به على الغاصب) لان الاستحقاق بسبب كان فى يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولى الجناية الاولى ولا الى ولى الجناية الثانية لانه لا حق له الا فى النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد رحمه الله أن فى الاول الذى يرجع به عوض عما سلم لولى الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت فى يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق أما فى هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها فى يد الغاصب فلا يؤدى الى ماذكرناه قال (ومن غصب صبيا حرا فمات فى يده فجأة أو بحمى فليس عليه شئ وان مات من صاعقة أو نهسة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية) وهذا استحسان والقياس أن لا يضمن فى الوجهين وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله لان الغصب فى الحر لا يتحقق الا يرى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع أنه حر يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة ويدا أولى وجه الاستحسان أنه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى أرض مسبعة أو الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون فى كل مكان فاذا نقله اليه فهو متعد فيه وقد أزال حفظ الولى فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر فى الطريق بخلاف الموت فجأة أو بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول بانه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا قال (واذا أودع صبى عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان أودع طعاما فاكله لم يضمن) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف والشافعى رحمهما الله يضمن فى الوجهين جميعا وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان فى الحال عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ويؤاخذ به

بعد العتق وعند أبى يوسف والشافعى رحمهما الله يؤاخذ به فى الحال وعلى هذا الخلاف
الاقراض والاعارة فى العبد والصبى وقال محمد رحمه الله فى أصل الجامع الصغير صبى قد عقل وفى
الجامع الكبير وضع المسئلة فى صبى ابن اثنتى عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن
بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما أنه أتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه
فيجب عليه الضمان كما فى اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا أتلفه غير الصبى فى يد الصبى المودع
ولابى حنيفة ومحمد رحمهما الله أنه أتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا تلفه باذنه
ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال فى يد مانعة فلا يبقى
مستحقا للنظر الا اذا أقام غيره مقام نفسه فى الحفظ ولا اقامة ههنا لانه لا ولاية له على الاستقلال
على الصبى ولا للصبى على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له لان لهما ولاية على أنفسهما وبخلاف
ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على أصل الحرية فى حق الدم
وبخلاف ما اذا أتلفه غير الصبى فى يد الصبى لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبى
الذى وضع فى يده المال دون غيره قال (وان استهلك مالا ضمن) يريد به من غير
ايداع لان الصبى يؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها فى حقوق العباد والله
أعلم بالصواب

﴿باب القسامة﴾

قال (واذا وجد القتيل فى محلة ولا يعلم من
قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولى بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا) وقال الشافعى
رحمه الله اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه
عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال مالك يقضى بالقود اذا كانت الدعوى فى القتل العمد وهو احد
قولى الشافعى رحمه الله واللوث عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر
يشهد للمدعى من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول ان أهل المحلة قتلوه وان لم
يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير أنه لا يكرر اليمين بل يردها على الولى فان حلفوا
لا دية عليهم للشافعى رحمه الله فى البداءة بيمين الولى قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم
خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا
كان الظاهر شاهدا للولى يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعى أصل له كما فى النكول غير ان هذه
دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله صلى
الله عليه وآله وسلم البينة على المدعى واليمين على من انكر وفى رواية على المدعى عليه وروى
سعيد بن المسيب رحمه الله أن النبى عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم

لوجود القتيل بين أظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولى الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم لولى اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولى لان اليمين حقه والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل أو يختار صالحى أهل المحلة لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فان كانوا لايباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا أعمى أو محدودا فى قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة قال (واذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولى) وقال الشافعى رحمه الله لا تجب الدية لقوله عليه السلام فى حديث عبد الله بن سهل تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهد فى الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما فى سائر الدعاوى ولنا أن النبى عليه السلام جمع بين الدية والقسامة فى حديث سهل وفى حديث ابن زياد بن أبى مريم وكذا جمع عمر رضى الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ماشرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر لقصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم ووجبت بتقصيرهم فى المحافظة كما فى القتل الخطأ (ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف) لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف لنكول فى الاموال لان اليمين بدل عن أصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذى ذكرنا اذا ادعى الولى القتل على جميع أهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى فى العمد أو الخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقى ولو ادعى على البعض باعيانهم أنه قتل وليه عمدا أو خطأ فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق الجواب فى الكتاب وهكذا الجواب فى المبسوط وعن أبى يوسف رحمه الله فى غير رواية الاصل أن فى القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من أهل المحلة ويقال للولى ألك بينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة ووجهه ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص فيما اذا كان فى مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعى يدعى القتل عليهم وفيما وراءه بقى على أصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم وفى الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لانه لا فصل فى اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو أوجبناهما

لاوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم تكن استحلفه عينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى فى المال ثبت به وان كان فى القصاص فهو على اختلاف مضى فى كتاب الدعوى قال (وان لم يكمل أهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى تتم خمسين) لما روى أن عمر رضى الله عنه لما قضى فى القسامة وافى اليه تسعة وأربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعى رضى الله عنهما مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام أمر الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولى أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال (ولا قسامة على صبى ولا مجنون) لانهما ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول صحيح قال (ولا امرأة ولا عبد) لانهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها قال (وان وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولا دية) لانه ليس بقتيل اذ القتيل فى العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حى وهذا ميت حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد من ان يكون به اثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه أو اذنه لانه لا يخرج منها الا بفعل من جهة الحى عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه أو دبره أو ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل أحد وقد ذكرناه فى الشهيد (ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس فى محلة فعلى أهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شئ عليهم) لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به فى البدن الا أن للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمى بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجرى فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقى تجرى فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقى لا تجرى فيه القسامة تجب والمعنى ما أشرنا اليه وصلاة الجنازة فى هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر (ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شئ على أهل المحلة) لانه لا يفوق الكبير حالا (وان كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم) لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا (وان كان ناقص الخلق فلا شئ عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا قال (واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة) لانه فى يده فصار

كما اذا كان فى داره وكذا اذا كان قائدها أو راكبها (فان اجتمعوا فعليهم) لان القتيل فى أيديهم فصار كما اذا وجد فى دارهم قال (وان مرت دابة بين القريتين وعليها قتيل فهو على أقربهما) لما روى أن النبى عليه السلام أتى بقتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رضى الله عنه أنه لما كتب اليه فى القتيل الذى وجد بين وادعة وأرحب كتب بان يقيس بين قريتين فوجد القتيل الى وادعة أقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا قال (وان وجد القتيل فى دار انسان فالقسامة عليه) لان الدار فى يده (والدية على عاقلته) لان نصرته منهم وقوته بهم قال (ولا تدخل السكان فى القسامة مع الملاك عند أبى حنيفة) وهو قول محمد (وقال أبو يوسف رحمهم الله هو عليهم جميعا) لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى الا ترى انه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم أدوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم وأما أهل خيبر فالنبى عليه السلام أقرهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال (وهى على أهل الخطة دون المشترين) وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه أصيل والمشترى دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل أبو حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال (وان بقى واحد منهم فكذلك) يعنى من أهل الخطة لما بينا (وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين) لان الولاية انتقلت اليهم أو خلصت لهم لزوال من يتقدمهم أو يزاحمهم (واذا وجد قتيل فى دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة فى القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا قسامة على العاقلة لان رب الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما أن الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه فى القسامة قال (وان وجد القتيل فى دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها

لرجل ولا آخر ما بقى فهو على رؤس الرجال) لان صاحب القليل لا يزاحم صاحب الكثير
فى التدبير فكانوا سواء فى الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة قال (ومن
اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان فى البيع خيار لاحدهما
فهو على عاقلة الذى فى يده) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة
المشترى وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذى تصير له لانه انما أنزل قاتلا باعتبار التقصير فى
الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة
صاحب الدار دون المودع والملك للمشترى قبل القبض فى البيع البات وفى المشروط فيه الخيار
يعتبر قرار الملك كما فى صدقة الفطر وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا يرى انه يقتدر على
الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد وفى البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما
فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع فى يد المشترى والخيار له فهو
أخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو فى يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر
يده اذ بها يقدر على الحفظ قال (ومن كان فى يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد
الشهود انها للذى فى يده) لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان
كانت دليلا على الملك لكنها محتملة فلا تكفى لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفى لاستحقاق
الشفعة به فى الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال (وان وجد قتيل فى سفينة فالقسامة على
من فيها من الركاب والملاحين) لانها فى أيديهم واللفظ يشمل أربابها حتى تجب على الارباب
الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك فى ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة
وهذا على ما روى عن أبى يوسف رحمه الله ظاهر والفرق لهما أن السفينة تنقل وتحول فيعتبر
فيها اليد دون الملك كما فى الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل قال (وان وجد فى مسجد محلة
فالقسامة على أهلها) لان التدبير فيه اليهم (وان وجد فى المسجد الجامع أو الشارع الاعظم فلا
قسامة فيه والدية على بيت المال) لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور العامة
ومال بيت المال مال عامة المسلمين (ولو وجد فى السوق ان كان مملوكا فعند أبى يوسف رحمه الله
تجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التى بنيت فيها فعلى
بيت المال) لانه لجماعة المسلمين (ولو وجد فى السجن فالدية على بيت المال وعلى قول أبى
يوسف رحمه الله الدية والقسامة على أهل السجن) لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر
ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم
ما يجب لاجل النصرة ولانه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه

يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله قال (وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر) وتفسير القرب ماذكرنا من
استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحد بالتقصير
وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد اما اذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته (وان وجد بين قريتين كان
على أقربهما) وقد بيناه (وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر) لانه ليس في يد أحد ولا
في ملكه (وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك المكان) على التفسير الذي
تقدم لانه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو اقرب منه ألا
ترى انهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة
لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم قال (وان ادعى الولي على
واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم) وقد ذكرناه وذكر فيه القياس والاستحسان
قال (وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم) وقد بيناه من قبل ووجه الفرق هو أن
وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر
لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان أن القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون
اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم ولان أهل المحلة
لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم
امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه قال (واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على
أهل المحلة) لان القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم (الا أن يدعي الاولياء على أولئك أو على
رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شئ) لان هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن
القسامة قال (ولا على أولئك حتى يقيموا البينة) لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث
الذي رويناه اما يسقط به الحق عن أهل المحلة لان قوله حجة على نفسه (ولو وجد قتيل في
معسكر أقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها
الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الاخبية) اعتبارا لليد عند انعدام الملك
(وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية) لان الظاهر أن العدو
قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه (وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان
فيجب على المالك عند أبي حنيفة) خلافا لابي يوسف رحمهما الله وقد ذكرناه قال (واذا
قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان) لانه يريد
اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا لانه لما أقر بالقتل على

واحد صار مستثنى عن اليمين فبقى حكم من سواه فيحلف عليه قال (واذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهما) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولى القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصى اذا خرج من الوصاية بعد ماقبلها ثم شهد قال وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس قال (ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة) لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن أبى يوسف رحمه الله ان الشهود يحلفون بالله ماقتلناه ولا يزدادون على ذلك لانهم اخبروا أنهم عرفوا القاتل قال (ومن جرح فى قبيلة فنقل الى أهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا قسامة ولا دية) لان الذى حصل فى القبيلة والمحلة مادون النفس ولا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش أضيف اليه وان لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك (ولو أن رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الى أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الذى حمله الى أهله فى قول أبى يوسف رحمه الله وفى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله يضمن) لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا فى يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهى القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة (ولو وجد رجل قتيلا فى دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله لا شئ فيه) لان الدار فى يده حين وجد الجريح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل فى الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا فى دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه (ولو ان رجلين كانا فى بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف رحمه الله يضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه) لانه يحتمل انه قتل نفسه فكان التوهم ويحتمل انه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولابى يوسف رحمه الله ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل فى محلة (ولو وجد قتيل فى قرية لامرأة فعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها أقرب القبائل اليها فى

النسب وقال أبو يوسف رحمه الله على العاقلة أيضا) لان القسامة انما تجب على من كان من أهل النصرة والمرأة ليست من أهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا أنزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة (ولو وجد رجل قتيلا في أرض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من أهلها قال هو على صاحب الارض) لانه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية

﴿كتاب المعاقل﴾ المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك أي تمسك قال (والدية في شبه العمد والخطا وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون) يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فدوه ولان النفس محترمة لاوجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا الى الآلة فلاوجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به قال (والعاقلة أهل الديوان ان كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين) وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله الدية على أهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على أهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى منه في أصول أموالهم والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي عليه السلام ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة (فان خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها) لحصول المقصود وتأويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما نبين ان شاء الله تعالى

ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا
واذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة وان كان الواجب بالعقل ثلث
دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما
زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بان
قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على القاتل
في ماله فهو حال لان التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس
يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في
ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء
بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في
ولد المغرور قال (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته) لان نصرته بهم وهي المعتبرة في
التعاقل قال (وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص
منها) قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري رحمه الله في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على
أربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله على انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في
ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم أو درهم وثلث
درهم وهو الاصح قال (وان لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم أقرب القبائل) معناه نسبا كل ذلك
لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم
بنوهم وأما الآباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى
لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء
والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم اليهم أقرب الرايات
يعني أقربهم نصرة اذا حزبهم أمر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم
به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى بين الكل
لانه صلة فيعتبر بالزكاة وأدناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي
حط رتبة منها ألا ترى انها لا تؤخذ من أصل المال فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف
(ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة
الثلث) لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر
ان كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة فكلما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان
يخرج في كل ستة أشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر
يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج

بعد القضاء بيوم او اكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق فى كل شهر وأعطية فى كل سنة فرضت الدية فى الاعطية دون الارزاق لانه أيسر اما لان الاعطية أكثر أولان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطيات ليكونوا فى الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم قال (وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كاحدهم) لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعى رحمه الله لايجب على القاتل شئ من الدية اعتبارا للجزء بالكل فى النفى عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبرئ منه أولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى (وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ فى الديوان عقل) لقول عمر رضى الله عنه لايعقل مع العاقلة صبى ولا امرأة ولان العقل انما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لايتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لايوضع عليهم ماهو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لاشئ عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لايوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبى عليه السلام ورضى الله عنهن (ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر) يريد به انه اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب فى السكنى فاهل مصره أقرب اليه من أهل مصر آخر (ويعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم) لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلهم أهل المصر باعتبار معنى القرب والنصرة (ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة) لانه يستنصر باهل ديوانه لابجيرانه والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على مابيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل (ومن جنى جناية من أهل المصر وليس له فى الديوان عطاء وأهل البادية أقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر) ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة قيل هو صحيح لان الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر ولا يخصون به أهل العطاء وقيل تاويله اذا كان قريبا لهم وفى الكتاب اشارة اليه حيث قال وأهل البادية أقرب اليه من أهل المصر وهذا لان الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة (ولو كان البدوى نازلا فى المصر لامسكن له فيه لايعقله أهل

المصر) لان أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما أن اهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم (وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم) لانهم التزموا أحكام الاسلام فى المعاملات لاسيما فى المعانى العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود فى حقهم (وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية فى ماله فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه) كما فى حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة أن لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين فى دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضى بالدية عليه فى ماله لان أهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر) لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغى أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض وهكذا عن أبى يوسف رحمه الله لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضى فانه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة وقال زفر رحمه الله تعالى يقضى على عاقلته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته أهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا أن المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل فى النسب لان فى النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفى الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوى اذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم فى أموالهم فى ثلاث سنين ثم جعلهم الامام فى العطاء حيث تصير الدية فى أعطياتهم وان كان قضى بها أول مرة فى أموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها فى أموالهم وأعطياتهم أموالهم غير أن الدية تقضى من أيسر الاموال أداء والاداء من العطاء أيسر اذا صاروا من أهل العطاء

الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه ايسر قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) لان النصرة بهم يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم قال (ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته) لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعى رحمه الله تعالى وقدم فى كتاب الولاء قال (ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا) والاصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف فى القليل وانما هو فى الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال (وما نقص من ذلك يكون فى مال الجانى) والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعى رحمه الله والتسوية فى ان لا يجب على العاقلة شئ الا انا تركناه بما رويناه بما روى انه عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر فى الديات فما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان فى مال الجانى اخذا بالقياس قال (ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجانى) لما رويناه ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال (الا ان يصدقوه) لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم (ومن اقر بقتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضى الا بعد سنين قضى عليه بالدية فى ماله فى ثلاث سنين من يوم يقضى) لان التاجيل من وقت القضاء فى الثابت بالبينة ففى الثابت بالاقرار اولى (ولو تصادق القاتل وولى الجناية على ان قاضى بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شئ على العاقلة) لان تصادقهما ليس بحجة عليهم (ولم يكن عليه شئ فى ماله) لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة فى حقهما بخلاف الاول (الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته) لانه فى حق حصته مقر على نفسه وفى حق العاقلة مقر عليهم قال (واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته) لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفى أحد قولى الشافعى تجب فى ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفى أحد قوليه العاقلة تتحمله كما فى الحر وقدم من قبل قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية فى بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا

لومات كان ميراثه لبيت المال فكذا مايلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن أبى حنيفة رحمه الله رواية شاذة أن الدية فى ماله ووجهه أن الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا أن العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر واذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل (وابن الملاعنة تعقله عاقلة أمه) لان نسبه ثابت منها دون الاب (فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما أدت على عاقلة الاب فى ثلاث سنين من يوم يقضى القاضى لعاقلة الام على عاقلة الاب) لانه تبين أن الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون فى ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم أبيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من أجزاء حياته فيتبين أن قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبى الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الآمر ثبت بالبينة وفى مال الآمر ان كان ثبت باقراره فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضى على الآمر أو على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضى الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد رحمه الله متفرقة والاصل الذى يخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب أمر حادث لم تنتقل جنايته عن الاول قضى بها أو لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها أو لم يقع ولو لم يختلف حال الجانى ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار فى ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضى بها على الثانية وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا فى حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق أداؤه فمن أحكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الوصايا * باب فى صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه﴾

قال (الوصية غير واجبة وهى مستحبة) والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو أضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا أنا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر فى عمله فاذا عرض له المرض

وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعد مافرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق
مقصده المآلي ولو أنهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله
في الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به
الكتاب وهو قول الله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين والسنة وهو قول النبي عليه السلام
ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث
شئتم أو قال حيث أحببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة
لما روينا وسنبين ماهو الافضل فيه ان شاء الله تعالى قال (ولا تجوز بما زاد على الثلث) لقول
النبي عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل
والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال
فاوجب تعلق حقهم به الا أن الشرع لم يظهر في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره
على ما بيناه وأظهره في حق الورثة لان الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من
الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على
الثلث وبالوصية للوارث قال (الا أن يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار) لان الامتناع لحقهم
وهم اسقطوه (ولا معتبر باجازتهم في حال حياته) لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند
الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن
يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في
حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو
استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذا
ان كانت الوصية للوارث واجازه البقية فحكمه ماذكرناه (وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه
المجازله من قبل الموصى) عندنا وعند الشافعي رحمه الله من قبل الوارث والصحيح قولنا لان
السبب صدر من الموصى والاجازة وقع المانع وليس من شرطه القبض فصار كالمرتهن اذا أجاز
بيع الراهن قال (ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد ان كان مباشرا) لقوله عليه السلام
لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي
رحمه الله تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا أوصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية
عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه (ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا تجوز) لان جنايته باقية والامتناع لاجلها
ولهما أن الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم

لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال (ولا تجوز لوارثه) لقوله عليه السلام ان الله تعالى أعطى كل ذى حق حقه الا لا وصية لوارث ولانه يتأذى البعض بايثار البعض ففى تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذى رويناه ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت (والهبة من المريض للوارث فى هذا نظير الوصية) لانها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف فى الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال (الا أن تجيزها الورثة) ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فتجوز باجازتهم ولو أجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل فى حق الراد قال (ويجوز أن يوصى المسلم للكافر والكافر للمسلم) فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين الآية والثانى لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين فى المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين فى حالة الحياة فكذا بعد الممات (وفى الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة) لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين الآية قال (وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له حال الحياة أو ردها فذلك باطل) لان أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال (ويستحب أن يوصى الانسان بدون الثلث) سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لان فى التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لانه يكون صدقة على الاجنبى والترك هبة من القريب والاولى أولى لانه يبتغى بها وجه الله تعالى وقيل فى هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة والصلة فيخير بين الخيرين قال (والموصى به يملك بالقبول) خلافا لزفر رحمه الله تعالى وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله هو يقول الوصية أخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما أنه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا أن الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك أحد اثبات الملك لغيره الا بقبوله أما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال (الا فى مسئلة واحدة وهو أن يموت الموصى ثم يموت الموصى له قبل

لقبول فيدخل الموصى به فى ملك ورثته) استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان
الملك موقوف على القبول فصار كموت المشترى قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان
ان الوصية من جانب الموصى قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق
الموصى له فاذا مات دخل فى ملكه كما فى البيع المشروط فيه الخيار للمشترى اذا مات قبل الاجازة
قال (ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية) لان الدين مقدم على الوصية لانه
اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم فالاهم (الا ان يبرئه الغرماء) لانه
لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال (ولا تصح وصية الصبى) وقال
الشافعى رحمه الله تصح اذا كان فى وجوه الخير لان عمر رضى الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع
وهو الذى راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه فى نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا
انه تبرع والصبى ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفى تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر
محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته فى تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز
عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر فى النفع والضرر النظر الى اوضاع
التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصيه وان كان يتفق نافعا
فى بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال
اذا ادركت فثلث مالى لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما فى الطلاق
والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى
حال سقوطه قال (ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء) لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على
قول ابى حنيفة رحمه الله لا تصح وعندهما تصح ردها الى مكاتب يقول كل مملوك املكه
فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف عرف فى موضعه قال (وتجوز الوصية
للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية) اما الاول فلان الوصية
استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة فى بعض ماله والجنين صلح خليفة فى الارث فكذا فى الوصية
اذ هى اخته الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية
لاحد عليه ليملكه شيأ واما الثانى فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت
الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح فى غير الموجود كالثمرة فلان تصح
فى الموجود اولى قال (ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء) لان اسم
الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها
ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد

يصح استثناؤه منه اذلا فرق بينهما ومالا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقدمر فى البيوع قال (يجوز للموصى الرجوع عن الوصية) لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه فى كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما فى البيع قال (واذا صرح بالرجوع اوفعل مايدل على الرجوع كان رجوعا) اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لوفعله الانسان فى ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصى كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل فى كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة فى الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بالسمن والدار يبنى فيه الموصى والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل فى ملك الموصى من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف فى التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصى فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى به ثم اشتراه اووهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا فى ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطى ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال (وان جحد الوصية لم يكن رجوعا) كذا ذكره محمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجوعا لان الرجوع نفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد رحمه الله ان الجحود نفى فى الماضى والانتفاء فى الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا فى الحال كان الجحود لغوا ولان الرجوع اثبات فى الماضى ونفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة (ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعا) لان الوصف يستدعى بقاء الاصل (بخلاف ما اذا قال فهى باطلة) لانه الذاهب المتلاشى (ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا) لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين (بخلاف ما اذا قال تركت) لانه اسقاط (ولو قال العبد الذى اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا) لان اللفظ يدل على قطع الشركة (بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر) لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها (وكذا اذا قال فهو لفلان وارثى يكون رجوعا عن الاول) لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه (ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها) لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثانى

ولم يتحقق فيبقى للاول (ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصى فهى للورثة) لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله أعلم

﴿باب الوصية بثلث المال﴾

قال (ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما) لانه يضيق الثلث عن حقهما اذلا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ماتقدم وقد تساويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما (وان أوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا) لان كل واحد منهما يدلى بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما فى أصحاب الديون فيجعل الاقل سهما والاكثر سهمين فصار ثلاثة أسهم سهم لصاحب الاقل وسهمان لصاحب الاكثر (وان أوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما وقال أبو حنيفة الثلث بينهما نصفان ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث الافى المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة) لهما فى الخلافية أن الموصى قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما فى المحاباة واختيها وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذلا نفاذلها بحال فيبطل أصلا والتفضيل يثبت فى ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة فى ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا فى الجملة بدون اجازة الورثة بان كان فى المال سعة فتعتبر فى التفاضل لكونه مشروعا فى الجملة بخلاف مانحن فيه وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفى الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال (واذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثانى وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشئ غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رحمه الله يجوز فى الاول أيضا فينظر الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا قال (ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث الا أن يجيز الورثة) لان السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لاسيما فى الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد عليه لانه لامزيد عليه

عند عدم اجازة الورثة وله أن السهم هو السدس هو المروى عن ابن مسعود رضى الله عنه وقد رفعه الى النبى عليه السلام فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم فى اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا قالوا هذا كان فى عرفهم وفى عرفنا السهم كالجزء قال (ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم) لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصى فاليهم البيان قال (ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أو فى مجلس آخر له ثلث مالى وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أو فى غيره سدس مالى لفلان فله سدس واحد) لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة اذا أعيدت يراد بالثانى عين الاول هو المعهود فى اللغة قال (ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقى ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقى من ماله فله جميع ما بقى) وقال زفر رحمه الله تعالى له ثلث ما بقى لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقى عليها وصار كما اذا كانت التركة أجناسا مختلفة ولنا أن فى الجنس الواحد يمكن جمع حق أحدهم فى الواحد ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها فى الواحد الباقى وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال (ولو أوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقى ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقى من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقى من الثياب قالوا هذا) اذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجرى فيه الجمع جبرا بالقسمة (ولو أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقى وكذا الدور المختلفة) وقيل هذا على قول أبى حنيفة رحمه الله وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضى أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول أشبه للفقه المذكور قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له) لانه أمكن ايفاء كل ذى حق حقه من غير بخس فيصار اليه (وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شئ من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفى الالف) لان الموصى له شريك الوارث وفى تخصيصه بالعين بخس فى حق الورثة لان للعين فضلا على الدين ولان الدين ليس بمال فى مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال (ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد) لان الميت ليس باهل

للوصيه

للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو من أهلها كما اذا أوصى لزيد وجدار وعن أبى يوسف رحمه
الله أنه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحى الا
نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحى وان
قال ثلث مالى بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ أن
يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى أن من قال ثلث مالى
لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالى بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال (ومن
أوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت)
لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعد فيشترط
وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو أوصى
له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم فى الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه
ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت
وان لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال
تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند
الموت ولو قال له شاة من مالى وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما أضافه الى المال علمنا أن
مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد فى مطلق المال ولو أوصى بشاة ولم يضفه الى ماله
ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل
تصح لانه لما ذكر الشاة وليس فى ملكه شاة علم أن مراده المالية ولو قال شاة من غنمى ولا غنم
له فالوصية باطلة لانه لما أضافه الى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزء من الغنم
بخلاف ما اذا أضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال (ومن أوصى بثلث ماله
لامهات أولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم) قال رضى الله
عنه وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله أنه يقسم على سبعة
أسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان وأصله أن الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين
جنسان وفسرناهما فى الزكاة لمحمد رحمه الله أن المذكور لفظ الجمع وأدناه فى الميراث اثنان نجد
ذلك فى القرآن فكان من كل فريق اثنان وأمهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة ولهما أن
الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وأنه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند
تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث قال (ولو
أوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد رحمه الله

ثلثاه لفلان وثلثاه للمساكين ولو أوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا
يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم
قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة) لان الشركة للمساواة لغة وقد أمكن اثباته
بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا أوصى
لرجل باربع مائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل
لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال
(ومن قال لفلان على دين فصدقوه) معناه قال ذلك لورثته (فانه يصدق الى الثلث) وهذا
استحسان وفى القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا
بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعى لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا
مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان أنا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذ
قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه فى تفريغ
ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيأ
فاعطوه من مالى ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال (وان
أوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة) لان ميراثهم معلوم
وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفى الافراز فائدة
أخرى وهو ان أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به والآخر الد خصاما
وعساهم يختلفون فى الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما فى يده
من غير منازعة (واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه
فيما شئتم) لان هذا دين فى حق المستحق وصية فى حق التنفيذ فاذا أقر كل فريق بشئ ظهر أن
فى التركة دينا شائعا فى النصيبين (فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا والورثة بثلثى ما أقروا)
تنفيذا لاقرار كل فريق فى قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له
زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال (ومن أوصى لاجنبى ولوارثه
فللاجنبى نصف الوصية وتبطل وصية الوارث) لانه أوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك
فصح فى الاول وبطل فى الثانى بخلاف ما اذا أوصى لحى وميت لان الميت ليس باهل للوصية
فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحى والوارث من أهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى
هذا اذا أوصى للقاتل وللاجنبى وهذا بخلاف ما اذا أقر بعين أو دين لوارثه وللاجنبى حيث
لا يصح فى حق الاجنبى أيضا لان الوصية ان شاء تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح فى حق

من

من يستحقه منهما واما الاقرار فاخبار عن كائن وقد أخبر بوصف الشركة فى الماضى ولا وجه
الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما أخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه
شريكا ولانه لو قبض الاجنبى شيأ كان للوارث أن يشاركه فيبطل فى ذلك القدر ثم لا يزال يقبض
ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفى الانشاء حصة أحدهما ممتازة عن
حصة الآخر بقاء وبطلانا قال (ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط وردىء فاوصى بكل واحد
لرجل فضاع ثوب ولا يدرى أيها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة) ومعنى جحودهم أن
يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذى هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته
تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل قال (الا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا
زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد
وثلث الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون) لان صاحب الجيد لا حق له
فى الردىء بيقين لانه اما أن يكون وسطا أو رديئا ولا حق له فيهما وصاحب الردىء لا حق له فى
الجيد الباقى بيقين لانه اما أن يكون جيدا أو وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل أن يكون الردىء هو
الردىء الاصلى فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد
وثلث الردىء فتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة قال (واذا كانت الدار بين رجلين فاوصى
أحدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت فى نصيب الموصى فهو للموصى له) عند
أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد نصفه للموصى له (وان وقع فى نصيب الآخر
فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد مثل ذرع
نصف البيت له أنه أوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الاول
ويوقف الثانى وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة التى هى مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا
أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت فى نصيب الموصى تنفذ الوصية فى عين
الموصى به وهو نصف البيت وان وقع فى نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا
للوصية فى بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت خطأ تنفذ الوصية فى بدلها
بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على
البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر
أنه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر
وقد استقر ملكه فى جميع البيت اذا وقع فى نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة فى هذه
القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار

الاقرار يصير كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع فى نصيب الآخر تنفذ فى قدر ذرعان جميعه مما وقع فى نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه أو لان مراد الموصى من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما أمكن الا أنه يتعين البيت اذا وقع فى نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك وان وقع فى نصيب الآخر عملنا بالتقدير أو لانه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق المرأة باول ولد تلده أمته فالمراد فى جزاء الطلاق مطلق الولد وفى العتق ولد حى ثم اذا وقع البيت فى نصيب غير الموصى والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد رحمه الله فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على أحد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد رحمه الله والفرق له أن الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال (ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصى فان دفعه فهو جائز وله أن يمنع) لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا أجاز يكون تبرعا منه أيضا فله أن يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة لان الوصية فى مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصى قال (واذا اقتسم الابنان تركة الاب ألفا ثم أقر أحدهما لرجل أن الاب أوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما فى يده) وهذا استحسان والقياس أن يعطيه نصف ما فى يده وهو قول زفر رحمه الله لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية فى اعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع فى التركة وهى فى أيديهما فيكون مقرا بثلث ما فى يده بخلاف ما اذا أقر أحدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه أما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شئ الا أن يسلم للورثة مثلاه ولانه لو أخذ منه نصف ما فى يده فربما يقر الابن الآخر به أيضا فيأخذ نصف ما فى يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث قال (ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له) لان الام دخلت

فى الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل فى الوصية فيكونان للموصى له (وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعا فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وقال أبو حنيفة يأخذ ذلك من الام فان فضل شئ أخذه من الولد) وفى الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وأمة تساوى ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوى ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عندهما وعنده له ثلثا كل واحد منهما لهما ماذكرنا أن الولد دخل فى الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما فى البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله أن الام أصل والولد تبع والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية فى بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع فى التبع لا يؤدى الى نقضه فى الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا أنه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع فى البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا (هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له) لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

﴿فصل فى اعتبار حالة الوصية﴾ قال (واذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشئ أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة) لان الاقرار ملزم بنفسه وهى أجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان فى حالة الصحة أو فى حالة المرض الا أن الثانى يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وهى وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهى كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال (واذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصرانى أو وهب له أو أوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله) أما الهبة والوصية فلما قلنا أنه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده أو بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر فى ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهى طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهى نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فاعتق لما ذكرنا وذكر فى كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه أقر لمولاه وهو اجنبى وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت، وأما الهبة فيروى أنها تصح لانها تمليك فى الحال وهو

رقيق وفى عامة الروايات هى فى مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال (والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطول ذلك ولا يخف منه الموت فهبته من جميع المال) لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوى ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث (وان وهب عند ما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش) لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله أعلم

باب العتق فى مرض الموت

قال (ومن أعتق فى مرضه عبدا أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا) وفى بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة فى حكم الوصية لانه يتهم فيه كما فى الهبة وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان أوجبه فى حال صحته اعتبارا بحالة الاضافة دون حالة العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين أنه لا حق لاحد فى ماله قال (وان حابى ثم أعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة أولى عند ابى حنيفة رحمه الله وان أعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق أولى فى المسئلتين) والاصل فيه أن الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته فى الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح والمحاباة فى البيع اذا وقعت فى المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فى نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذى ذكرناه آنفا لانه أقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى وغيره يلحقه وكذلك المحاباة لا يلحقه الفسخ من الجهة الموصى واذا تقدم ذلك فما بقى من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما فى الخلافية أن العتق أقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم فى الذكر لانه لا يوجب التقدم فى الثبوت وله أن المحاباة أقوى لانها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة أولا دفع الاضعف واذا وجد العتق أولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين

نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة نصفين وما أصاب العتق قسم بينه و بين العتق الثانى وعندهما العتق أولى بكل حال قال (ومن أوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقى عند أبى حنيفة رحمه الله وان كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقى من حيث يبلغ وان لم يهلك منها و بقى شئ من الحجة يرد على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقى) لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتبارا بالوصية بالحج وله أنه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة و تنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى به وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة وهى حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما اذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقى اليه وقيل هذه المسئلة بناء على أصل آخر مختلف فيه وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا أشبه قال (ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة درهم وقد كان أعتقه فى مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع فى شئ) لان العتق فى مرض الموت وان كان فى حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه قال (ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية) لان الدفع قد صح لما أن حق ولى الجناية مقدم على حق الموصى فكذلك على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا أن ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصى أو وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء فى مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال (ومن أوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه فى الصحة وقال الوارث أعتقه فى المرض فالقول قول الوارث ولا شئ للموصى له الا أن يفضل من الثلث شئ أو تقوم له البينة أن العتق فى الصحة) لان الموصى له يدعى استحقاق ثلث ما بقى من التركة بعد العتق لان العتق فى الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر لان مدعاه العتق فى المرض وهو وصية والعتق فى المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول قول المنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى أقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين الا أن يفضل شئ من الثلث على قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه أو تقوم له البينة أن العتق فى الصحة لان الثابت

بالبينه كالثابت معاينه وهو خصم فى اقامتها الاثبات حقه قال (ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقنى أبوك فى الصحة وقال رجل لى على أبيك ألف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى فى قيمته عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يعتق ولا يسعى فى شئ) لان الدين والعتق فى الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث فى كلام واحد فصارا كانهما كانا معا والعتق فى الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله أن الاقرار بالدين أقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق فى المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته أن يبطل العتق أصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين أسبق لانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق فى حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل لى على الميت ألف درهم دين وقال الآخر كان لى عنده ألف درهم وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما سواء

﴿فصل﴾ قال (ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصى أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات) لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الاهم (فان تساوت فى القوة بدئ بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث) لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوى رحمه الله انه يبتدئ بالزكاة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله وفى رواية عنه أنه يقدم الحج وهو قول محمد رحمه الله وجه الاولى انهما وان استويا فى الفرضية فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان أولى وجه الاخرى أن الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصرا عليه فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها فى القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يات فى الكفارات والكفارة فى القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها بالقرآن والاختلاف فى الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض قال (وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصى) لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما أصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذى ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة فى نفسها مقصود فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين قال (ومن أوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا) لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال

ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه أن يحج ماشيا
نصرف اليه على الوجه الذى وجب عليه قال (فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من
حيث تبلغ) وفى القياس لا يحج عنه لانه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير أنا جوزناه لانا
نعلم أن الموصى قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو أولى
من ابطالها رأسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال (ومن خرج من بلده حاجا
فمات فى الطريق وأوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده) عند أبى حنيفة وهو قول زفر وقال
أبو يوسف ومحمد رحمهم الله يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج
عن غيره فى الطريق لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع
أجره على الله فيبتدئ من ذلك المكان كانه من أهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج
عنه من بلده وله أن الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه أداء للواجب على الوجه
الذى وجب والله أعلم

﴿باب الوصية للاقارب وغيرهم﴾

قال (ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا هم الملاصقون وغيرهم
ممن يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد المحلة) وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من
المجاورة وهى الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى
الجميع يصرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون
جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة لجار المسجد الا فى المسجد وفسره بكل
من سمع النداء ولان المقصد بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا أنه لا بد من
الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعى رحمه الله الجوار الى أربعين دارا بعيد
وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى
لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان
الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال (ومن أوصى لاصهاره فالوصية لكل ذى رحم
محرم من امرأته) لما روى أن النبى عليه السلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من
ذى رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون أصهار النبى عليه السلام وهذا التفسير اختيار
محمد وأبى عبيدة رحمهما الله وكذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه
وزوجة كل ذى رحم محرم منه لان الكل أصهار ولو مات الموصى والمرأة فى نكاحه أو فى عدته
من طلاق رجعى فالصهر يستحق الوصية وان كانت فى عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان

بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت قال (ومن أوصى لاختانه فالوصيه لزوج كل
ذات رحم محرم منه وكذا محارم الازواج) لان الكل يسمى ختنا قيل هذا فى عرفهم وفى
عرفنا لا يتناول الازواج المحارم ويستوى فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول
الكل قال (ومن أوصى لاقاربه فهى للاقرب فالاقرب من كل ذى رحم محرم منه ولا يدخل
فيه الوالدان والولد ويكون ذلك للاثنين فصاعدا وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال صاحباه
لوصيه لكل من ينسب الى أقصى أب له فى الاسلام) وهو أول أب أسلم أو أول أب أدرك الاسلام
وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ رحمهم الله وفائدة الاختلاف تظهر فى أولاد أبى
طالب فانه أدرك الاسلام ولم يسلم لهما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به
فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله أن الوصية أخت الميراث وفى الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب
والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا فى الوصية والمقصد من هذه الوصية تلافى ما فرط فى
اقامة واجب الصلة وهو يختص بذى الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم
لا يسمون أقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب فى عرف اللسان من
يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد
انعقاد الاجماع على تركه فعنده يقيد بما ذكرناه وعندهما باقصى الاب فى الاسلام وعند
الشافعى رحمه الله بالاب الادنى قال (واذا أوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية
لعميه) عنده اعتبارا للاقرب كما فى الارث وعندهما بينهم أرباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب (ولو
ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين) لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو
الاثنان فى الوصية كما فى الميراث بخلاف ما اذا أوصى لذى قرابته حيث يكون للعم كل الوصية
لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث
لما بيناه ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية
لاستواء قرابتهما وهى أقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهى مستحقة للوصية كما لو كان
القريب رقيقا أو كافرا وكذا اذا أوصى لذوى قرابته أو لاقربائه أو لانسبائه فى جميع
ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال
(ومن أوصى لاهل فلان فهى على زوجته عند أبى حنيفة رحمه الله وقال يتناول كل من يعولهم
وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وائتونى بأهلكم أجمعين وله أن
اسم الاهل حقيقة فى الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا
والمطلق ينصرف الى الحقيقة قال ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التى

ينسب

ينسب اليها ولو أوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده لان الاب أصل البيت ولو أوصى لاهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الام والاب ولو أوصى لايتام بنى فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لاراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل فى الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه أمكن تحقيق التمليك فى حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية فى الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهى فى سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامى تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون أو لايامى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس فى اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا فى حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفى الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع وأقله اثنان فى الوصايا على ما مر ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيهم الاناث فى قول أبى حنيفة رحمه الله أول قوليه وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها أعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم قال (ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء) لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا (ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين) لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بان قصده التفضيل فى الميراث ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعى رحمه الله فى بعض كتبه أن الوصية لهم جميعا وذكر فى موضع آخر انه يوقف حتى يصالحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا أن الجهة مختلفة لان أحدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد فى موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفى ولا تنافى فيه ويدخل فى هذه الوصية من أعتقه فى الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن أبى يوسف رحمه الله أنهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم أضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان

له موال واولاد موال وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة وعن أبي يوسف رحمه الله أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد رحمه الله يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له أحق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه أو أبواه لانهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء والله أعلم بالصواب

(باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة)

قال (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك أبدا) لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز مؤقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على أصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما قال (فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه) لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة (وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما) لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا تمكن قسمة العبد أجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهايأة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار أثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهايأة تقديم أحدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضا لان الحق لهم الا أن الاول وهو الاعدل أولى وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار وعن أبي يوسف رحمه الله أن لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في أيديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه قال (فاذا كان مات الموصى له

عاد الى الورثة) لان الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى
وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى من غير مرضاته وذلك لا يجوز (ولو مات
الموصى له فى حياة الموصى بطلت) لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ولو أوصى بغلة
عبده اوداره فاستخدمه بنفسه اوسكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها فى تحصيل
المقصود والاصح أنه لا يجوز لان الغلة دراهم أودنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء
المنافع وهما متغايران ومتفاوتان فى حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد
منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة
والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار وقال الشافعى رحمه الله له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك
تمليكها من غيره ببدل أو غير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها اباحة على أصله
وليس بتمليك ولنا أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل
اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل فى حالة الحياة على أصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها
تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه أن التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى
بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع
بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو فى وضعه فغير لازم ولان المنفعة ليست بمال على
أصلنا وفى تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة فى عقد المعاوضة فانما
تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها
بالصفة التى تملكها أما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا أكثر مما
تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة الا أن يكون الموصى
له وأهله فى غير الكوفة فيخرجه الى أهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية
انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصى فاذا كانوا فى مصره فمقصوده ان يمكنه من
خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة السفر واذا كانوا فى غيره فمقصوده أن يحمل العبد الى أهله
ليخدمهم ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضا لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة فى
جواز الوصية كيف وأنه عين حقيقة لانه دراهم أودنانير فكان بالجواز أولى ولو لم يكن له مال
غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو أراد الموصى له
قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذى يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا فى رواية عن أبى
يوسف رحمه الله فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذلك للموصى له الا
أنا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة اذ هو المطالب

ولا حق له فى عين الدار وانما حقه فى الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو أوصى له بخدمة
عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب
الخدمة لانه أوجب لكل واحد منهما شيأ معلوما عطفا منه لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه
الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص فى الرقبة بشئ لصارت
الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر اذ
الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك يثبت فيهما بعد الموت ولها نظائر وهو ما اذا أوصى
بأمة لرجل وبما فى بطنها الآخر وهى تخرج من الثلث أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه
أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى ولا شئ لصاحب الظرف
فى المظروف فى هذه المسائل كلها أما اذا فصل أحد الايجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب
عند أبى يوسف رحمه الله وعلى قول محمد الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك فى
أخواتها لابى يوسف رحمه الله أن بايجابه فى الكلام الثانى تبين أن مراده من الكلام الاول
ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية
لا تلزم شيأ فى حال الحياة الموصى فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما فى وصية
الرقبة والخدمة ولمحمد رحمه الله أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذلك اسم الجارية
يتناولها وما فى بطنها واسم القوصرة كذلك ومن أصلنا أن العام الذى موجبه ثبوت الحكم على
سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع فى الفص وصيتان وكل منهما وصية بايجاب على حدة
فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثانى رجوعا عن الاول كما اذا أوصى
للثانى بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه
الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه فاذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه
حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص والاستثناء فتبين انه
أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص قال (ومن أوصى لآخر بستانه بثمرة ثم مات
وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستانى أبدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل
ما عاش وان أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل) والفرق أن الثمرة اسم
للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتأبد الا
بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيأ أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض
الوجود مرة بعد أخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فاذا أطلقت
يتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة أخرى اما الثمرة اذا أطلقت لا يراد بها الا الموجود

فلهذا

فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زائد قال (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو باولادها أو بلبنها ثم مات فله مافى بطونها من الولد ومافى ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال أبدا أو لم يقل) لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف ماتقدم والفرق أن القياس يابى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا أن فى الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه فى الوصية بالطريق الاولى لان بابها أوسع اما الولد المعدوم وأختاه فلا يجوز ايراد العقد عليها أصلا ولا تستحق بعقد ما فكذلك لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه لا يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية والله أعلم بالصواب

﴿باب وصية الذمى﴾

قال (واذا صنع يهودى أو نصرانى بيعة أو كنيسة فى صحته ثم مات فهو ميراث) لان هذا بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا وأما عندهما فلان هذه معصية فلا تصح عندهما قال (ولو أوصى بذلك لقوم مسمين فهو الثلث) معناه اذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال (وان أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا الوصية باطلة) لان هذه معصية حقيقة وان كان فى معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما فى تنفيذها من تقرير المعصية ولابى حنيفة رحمه الله ان هذه قربة فى معتقدهم ونحن أمرنا بان نتركهم وما يدينون فتجوز بناء على اعتقادهم الا يرى انه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية فى معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق ولابى حنيفة رحمه الله بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك البانى وانما يزول ملكه بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما فى مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للبانى فتورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق حق العباد به وفى هذه الصورة يورث المسجد أيضا لعدم تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه فى غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل أن وصايا الذمى على أربعة أقسام منها ان تكون قربة فى معتقدهم ولا تكون قربة فى حقنا وهو ماذكرناه وما اذا أوصى الذمى بان تذبح خنازيره وتطعم المشركين وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا أوصى بما يكون

قربة فى حقنا ولا يكون قربة فى معتقدهم كما اذا أوصى بالحج أو بان يبنى مسجداً للمسلمين أو بان
يسرج فى مساجد المسلمين فهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتباراً لاعتقادهم الا اذا كان لقوم
بأعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا أوصى بما يكون قربة فى حقنا
وفى حقهم كما اذا أوصى بان يسرج فى بيت المقدس أو يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز
سواء كانت القوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفى معتقدهم أيضا
ومنها اذا أوصى بما لا يكون قربة لا فى حقنا ولا فى حقهم كما اذا أوصى للمغنيات والنائحات
فان هذا غير جائز لانه معصية فى حقنا وفى حقهم الا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكا
واستخلافا وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو فى حق الوصية بمنزلة المسلمين لانا أمرنا ببناء
الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف فى تصرفاته
بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله وفى المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة
بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم قال (واذا دخل الحربى دارنا بامان فاوصى لمسلم أو ذمى بماله
كله جاز) لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم وليس لورثته
حق مرعى لكونهم فى دار الحرب اذهم أموات فى حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان
كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان أوصى باقل من ذلك أخذت الوصية ويرد الباقى على ورثته
وذلك من حق المستأمن أيضا ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده فى دار الاسلام فذلك
صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذلك لو أوصى له مسلم أو ذمى بوصية
جاز لانه مادام فى دار الاسلام فهو فى المعاملات بمنزلة الذمى ولهذا تصح عقود التمليكات منه
فى حال حياته ويصح تبرعه فى حياته فكذا بعد مماته وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما
الله أنه لا يجوز لانه مستأمن من أهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من
زيادة المقام على السنة الا بالجزية ولو أوصى الذمى باكثر من الثلث أو لبعض ورثته لا يجوز
اعتباراً بالمسلمين لانهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو أوصى لخلاف
ملته جاز اعتباراً بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام لا يجوز لان
الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته والله أعلم

﴿باب الوصى وما يملكه﴾

قال (ومن أوصى الى رجل فقبل الوصى فى وجه الموصى وردها فى غير وجهه فليس برد) لان
الميت مضى لسبيله متعمداً عليه فلو صح رده فى غير وجهه فى حياته أو بعد مماته صار مغروراً
من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده فى غير

وجهه لانه لاضرر هناك لانه حى قادر على التصرف بنفسه (فان ردها فى وجهه فهو رد) لانه ليس للموصى ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه أن ينيب غيره (وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل) لان الموصى ليس له ولاية الالزام فبقى مخيرا فلو أنه باع شيأ من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصى وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة أما التوكيل انابة لثبوته فى حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب (وان لم يقبل حتى مات الموصى فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك ان لم يكن القاضى أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل) لان بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء لان فى ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصى فى الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى أولى الا أن القاضى اذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضى ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضى الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضى اياه أقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضى قال (ومن أوصى الى عبد أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضى عن الوصاية ونصب غيرهم) وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد رحمه الله فى الاصل أن الوصية باطلة قيل معناه فى جميع هذه الصور أن الوصية ستبطل وقيل معناه فى العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفى غيره معناه ستبطل وقيل فى الكافر باطل أيضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر فى الجملة الا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر فى حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضى من الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط فى الاصل أن يكون الفاسق مخوفا عليه فى المال وهذا يصلح عذرا فى اخراجه وتبديله بغيره قال (ومن أوصى الى عبد نفسه وفى الورثة كبار لم تصح الوصية) لان للكبير أن يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشترى فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وان كانوا اصغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند أبى حنيفة رحمه الله ولا يجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد رحمه الله مضطرب يروى مرة مع أبى حنيفة وتارة مع أبى يوسف

وجه القياس أن الولاية منعدمة لما أن الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزأ وفى اعتبار هذه تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزأ على ما هو المروى عن أبى حنيفة رحمه الله أو نقول يصار اليه كيلا يؤدى الى ابطال أصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل أولى قال (ومن يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضى غيره) رعاية لحق الموصى والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكى اليه الوصى ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكى قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه واذا ظهر عند القاضى عجزه أصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف أمينا فيه ليس للقاضى أن يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما أنه كان مختار الميت ومرضيه فابقاؤه أولى ولهذا قدم على أب الميت مع وفور شفقته فاولى أن يقدم على غيره وكذا اذا شكى الورثة أو بعضهم الوصى الى القاضى فانه لا ينبغى له أن يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير أنه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان فى الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضى منابه كانه لا وصى له قال (ومن أوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما أن يتصرف عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله دون صاحبه) الا فى أشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله ينفرد كل واحد منهما بالتصرف فى جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها الولاية وهى وصف شرعى لا تتجزأ فيثبت لكل منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذى كان ثابتا للموصى وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مقيد وما رضى الموصى الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين فى الانكاح لان السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولى حتى لو طالبته بانكاحها من كفؤ يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصى ولهذا يبقى مخيرا فى التصرف ففى الاول أوفى حقا على صاحبه فصح وفى الثانى استوفى حقا لصاحبه فلا يصح أصله الدين الذى عليهما ولهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية

ومواضع الضرورة مستثناة أبدا وهى ما استثناه فى الكتاب واخواتها فقال (الا فى شراء كفن الميت وتجهيزه) لان فى التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك (وطعام الصغار وكسوتهم) لانه يخاف موتهم جوعا وعريا (ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون) لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع فى يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الرأى (وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه) لانه لا يحتاج فيه الى الرأى (والخصومة فى حق الميت) لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين (وقبول الهبة) لان فى التأخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام والذى فى حجره فلم يكن من باب الولاية (وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف) لان فيه ضرورة لا تخفى (وجميع الاموال الضائعة) لان فى التأخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع فى يده فلم يكن من باب الولاية وفى الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين أن يبيع أو يتقاضى والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه فى عرفهم وهذا لانه رضى بامانتهما جميعا فى القبض ولانه فى معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو أوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما أفرد فقد رضى برأى الواحد وقيل الخلاف فى الفصلين واحد وهو الاصح لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات أحدهما جعل القاضى مكانه وصيا آخر أما عندهما فلان الباقى عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضى اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند أبى يوسف رحمه الله الحى منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصى قصد أن يخلفه متصرفان فى حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصى آخر مكان الميت ولو أن الميت منهما اوصى الى الحى فللحى أن يتصرف وحده فى ظاهر الرواية بمنزلة اذا أوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضى الى نصب وصى آخر لان رأى الميت باق حكما برأى من يخلفه وعن أبى حنيفة رحمه الله انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصى ما رضى بتصرفه وحده بخلاف ما اذا أوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأى المثنى كما رضيه المتوفى واذا مات الوصى وأوصى الى آخر فهو وصيه فى تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يكون وصيا فى تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل فى حالة الحياة والجامع بينهما انه رضى برأيه لا برأى غيره ولنا أن الوصى يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا يرى أن الولاية التى كانت ثابتة للموصى تنتقل الى الوصى فى المال والى الجد فى النفس ثم الجد قائم مقام الاب فيما انتقل

اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له
ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه قد تعتريه
المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف
الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه
قال (ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة) لان
الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة
الميت أيضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك
ما في يد الوصي ليس له أن يشارك الموصى له اما الوصي له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه
ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون
الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم
تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك
بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى
من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة قال (فان قاسم الورثة وأخذ نصيب
الموصى) له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا قال (وان كان الميت أوصى بحجة
فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه
فضاع ما في يده) وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشئ والا يرجع
بتمام الثلث وقال محمد رحمه الله لا يرجع بشئ لان القسمة حق الموصي ولو أفرز الموصي بنفسه
مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شئ وبطلت الوصية فكذا اذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه
ولابي يوسف رحمه الله أن محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت
لفوات محلها ولابي حنيفة رحمه الله أن القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأديه الحج
فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة
المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال (ومن أوصى
بثلث ألف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة) لان
الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب
ناظرا لاسيما في حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى
لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال (واذا باع الوصي عبدا من
التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز) لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه

يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان فى مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا
لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو
الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء واما ههنا فبخلافه قال (ومن أوصى
بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصى وقبض الثمن فضاع فى يده
فاستحق العبد ضمن الوصى) لانه هو العاقد فتكون العهدة اليه وهذه عهدة لان المشترى
منه ما رضى ببذل الثمن الاليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصى البائع مال الغير بغير رضاه
فتجب عليه رده قال (ويرجع فيما ترك الميت) لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان
أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرنا ويرجع فى
جميع التركة وعن محمد انه يرجع فى الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها ومحل الوصية
الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة
بخلاف القاضى أو أمينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان فى لزومها القاضى تعطيل
القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة
وأمينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصى لانه بمنزلة الوكيل وقد مر فى كتاب القضاء فان
كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشئ كما اذا كان على الميت دين آخر قال (وان قسم
الوصى الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع فى
مال الصغير) لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما
أصابه قال (واذا احتال الوصى بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز) وهو أن يكون أملأ اذ الولاية
نظرية وان كان الاول أملأ لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال (ولا يجوز
بيع الوصى ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس فى مثله) لانه لا نظر فى الغبن الفاحش بخلاف
اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففى اعتباره انسداد بابه والصبى المأذون والعبد المأذون والمكاتب
يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك
الحجر بخلاف الوصى لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما
لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أهله (واذا كتب كتاب
الشراء على وصى كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة) لان ذلك أحوط ولو
كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته فى آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على
الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصى فلان لما بينا وقيل
لا بأس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا قال (وبيع الوصى على الكبير الغائب جائز فى كل شئ الا فى

العقار) لان الاب يلي ماسواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا انا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ أما العقار فمحصن بنفسه قال (ولا تجر فى المال) لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وصى الاخ فى الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصى الاب فى الكبير الغائب وكذا وصى الام ووصى العم وهذا الجواب فى تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون مايكون من باب الحفظ فكذا وصيهم قال (والوصى أحق بمال الصغير من الجد) وقال الشافعى رحمه الله الجد أحق لان الشرع أقامه مقام الاب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا أن بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصى مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه (فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب) لانه أقرب الناس اليه وأشفقهم عليه حتى يملك الانكاح دون الوصى غير أنه يقدم عليه وصى الاب فى التصرف لما بيناه

﴿فصل فى الشهادة﴾ قال (واذا شهد الوصيان أن الميت أوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة) لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما قال (الا أن يدعيها المشهود له) وهذا استحسان وهو فى القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان أن للقاضى ولاية نصب الوصى ابتداء أو ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضى قال (وكذلك الابنان) معناه اذا شهدا أن الميت أوصى الى رجل وهو ينكر لانهما يجران الى أنفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة (ولو شهدا) يعنى الوصيين (لوارث صغير بشئ من مال الميت أو غيره فشهادتهما باطلة) لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما فى المشهود به قال (وان شهد الوارث كبير فى مال الميت لم يجز وان كان فى غير مال الميت جاز) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ان شهد الوارث كبير تجوز فى الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف فى التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما فى غير التركة لانقطاع ولاية وصى الاب عنه لان الميت أقامه مقام نفسه فى تركته لا فى غيرها قال (واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما فان كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم لم تجز) وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا تقبل فى الدين أيضا وأبو

حنيفة رحمه الله فيما ذكر الخصاف مع أبي يوسف رحمه الله وعن أبي يوسف رحمه الله مثل قول محمد رحمه الله وجه القبول أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة قال (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق) لانه لا شركة فلا تهمة (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذا اذا شهد الاولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة) لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

﴿كتاب الخنثى﴾

﴿فصل في بيانه﴾ قال (واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى) لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب (وان بال منهما فالحكم للاسبق) لان ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الاصلي (وان كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ينسب الى أكثرهما بولا) لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا أصليا ولان للاكثر حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة وله أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال (واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية أو وصل الى النساء فهو رجل) وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل أو كان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران (ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة أو نزل له لبن في ثديه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة) لان هذه من علامات النساء (وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل) وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

﴿فصل في أحكامه﴾

قال رضي الله عنه الاصل في الخنثى المشكل أن يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في أمور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته قال (واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء)

لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد
صلاته (فان قام فى صف النساء فاحب الى أن يعيد صلاته) لاحتمال انه رجل (وان قام فى صف
الرجال فصلاته تامة ويعيد الذى عن يمينه وعن يساره والذى خلفه بحذائه صلاتهم احتياطا)
لاحتمال أنه امرأة قال (وأحب الينا ان يصلى بقناع) لانه يحتمل أنه امرأة (ويجلس فى صلاته
جلوس المرأة) لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز فى الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب
مكروها لان الستر على النساء واجب ما أمكن (وان صلى بغير قناع أمرته أن يعيد) لاحتمال
أنه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد أجزأه (وتبتاع له أمة تختنه ان كان له مال)
لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان أو امرأة ويكره أن يختنه رجل لانه عساه انثى أو تختنه
امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا (وان لم يكن له مال ابتاع له الامام أمة من بيت
المال) لانه أعد لنوائب المسلمين (فاذا ختنته باعها ورد ثمنها فى بيت المال) لوقوع الاستغناء
عنها (ويكره له فى حياته لبس الحلى والحرير وأن يتكشف قدام الرجال أو قدام النساء وأن يخلو به
غير محرم من رجل أو امرأة وان يسافر من غير محرم من الرجال) توقيا عن احتمال المحرم (وان
أحرم وقد راهق قال أبو يوسف رحمه الله لا علم لى فى لباسه) لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط
وان كان انثى يكره له تركه (وقال محمد يلبس لباس المرأة) لان ترك لبس المخيط وهو امرأة
أفحش من لبسه وهو رجل ولا شئ عليه لانه لم يبلغ (ومن حلف بطلاق أو عتاق ان كان أول ولد
تلد به غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى) لان الحنث لا يثبت بالشك (ولو قال كل
عبد لى حر أو قال كل أمة لى حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره) لما قلنا (وان قال
القولين جميعا عتق) للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل (وان قال الخنثى أنا رجل أو أنا امرأة
لم يقبل قوله اذا كان مشكلا) لانه دعوى يخالف قضية الدليل (وان لم يكن مشكلا ينبغى أن
يقبل قوله) لانه أعلم بحاله من غيره (وان مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة) لان
حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة وييمم بالصعيد لتعذر الغسل
(ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة) لاحتمال انه ذكر أو انثى (وان سجى قبره فهو
احب) لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره (واذا مات فصلى عليه وعلى
رجل وامرأة وضع الرجل مما يلى الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن
الرجل) لاحتمال انه امرأة (ويقدم على المرأة) لاحتمال انه رجل (ولو دفن مع رجل فى قبر واحد
من عذر جعل الخنثى خلف الرجل) لاحتمال انه امرأة (ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان
كان مع امرأة قدم الخنثى) لاحتمال انه رجل (وان جعل على السرير نعش المرأة فهو أحب

الى)

الي) لاحتمال انه عورة (و يكفن كما تكفن الجارية وهو أحب الي) يعني يكفن في خمسة أثواب لانه اذا كان أنثى فقد أقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث ولا بأس بذلك (ولو مات أبوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند أبي حنيفة رحمه الله ثلاثا للابن سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث الا أن يتبين غير ذلك) وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي رحمه الله واختلفا في قياس قوله قال محمد رحمه الله المال بينهما على اثنى عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف رحمه الله المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب بأربعة فيكون سبعة ولمحمد رحمه الله أن الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان أنثى يكون المال بينهما اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث وأقل ذلك ستة ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة وفي حال يكون اثلاثا للخنثى سهمان وللابن أربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثنى عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة رحمه الله أن الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فاثبتنا المتيقن قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن به كذا هذا الا أن يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن تكون الورثة زوجا وأما وأختا لاب وأم هي خنثى أو امرأة وأخوين لام وأختا لاب وأم هي خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه أقل النصيبين فيهما والله أعلم بالصواب

﴿مسائل شتى﴾

قال (واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له انشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومأ برأسه أي نعم أو كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) وقال الشافعي رحمه الله يجوز في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الذكاة والفرق لاصحابنا رحمهم الله أن الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت أما الاخرس فلا تفريط

منه ولان العارضى على شرف الزوال دون الاصلى فلا ينقاسان وفى الابدة عرفناه بالنص قال (واذا كان الاخرس يكتب كتابا أو يومئ ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص له ومنه ولا يحد ولا يحد له) اما الكتابة فلا نها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الا ترى أن النبى عليه السلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز فى حق الغائب العجز وهو فى حق الاخرس أظهر وألزم ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق فى الغائب والحاضر على ماقالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الاشجار وينوى فيه لانه بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم وأما الاشارة فجعلت حجة فى حق الاخرس فى حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد أيضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى ولانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد أيضا بالاشارة فى القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى أنهم لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التى هى حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر فى كتاب الاقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة فى قصاص يجب عليه ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل أن يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب فى الجملة لقيام أهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسئلة على أن الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رحمهم الله انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال أشار أو كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفى الكتابة زيادة بيان لم يوجد فى الاشارة وفى الاشارة زيادة أثر لم يوجد فى الكتابة لما انه أقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا (وكذلك الذى صمت يوما أو يومين لعارض) لما بينا فى المعتقل لسانه ان آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال (واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها وأكل وان كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يؤكل) وهذا اذا كانت

الحالة حالة الاختيار امافى حالة الضرورة يحل له التناول فى جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له فى حالة الضرورة فالتى تحتمل أن تكون ذكية أولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية فى الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز الاكل فى حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحرى دليل ضرورى فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة فى افادة الاباحة ألا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم المسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتباره

دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف

بخلاف ما اذا كانا نصفين وكانت الميتة

اغلب لانه لا ضرورة فيه

والله أعلم بالصواب

واليه المرجع

والمآب

نحمدك يامن نورت البصائر بالهداية لى مكنون حكمتك وارحت غياهب الشكوك باقيه
لاسرار نعمتك ونصلى ونسلم على سيدنا محمد الذى خصصته بكلامك القديم ومنحته
شموس معرفتك وسوى صراطك المستقيم وعلى آله ذوى النفوس الزكيه وأصحابه أولى
الفضائل السنيه ﴿أما بعد﴾ فقد تم بحمده تعالى طبع كتاب الهدايه شرح بداية المبتدى
فى فقه الامام الاعظم والملاذ الافخم أبى حنيفة النعمان جعل الله مقره أعلى الجنان وهو
الكتاب الذى عليه المعول فى الفتوى واليه ترنو عيون ذوى التحقيق من أهل التقوى فلا
غرو أن صاغ سبائك التحقيقات فى قالب الفصاحه وأبرز عرائس التدقيقات فى حلل الملاحه
أقام على المسائل الحجج القطعيه وأنار من السبل كل طريقة سويه كيف لا وهو للامام
الكبير والجهبذ الشهير من تعطر الخافقان شذى مدائحه وأطبق الانام على تقديم مباحثه
وقبول منائحه العالم العامل الربانى برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى قدست أسراره
وزهت أنواره ولما كان نشر هذا المطبوع الجليل من أكبر المنافع العموميه ومن أجل الخدم
الانسانيه نهض لطبعه ذو الهمة العمريه العاليه والشيم الهاشميه الساميه المعتمد
على الملك الوهاب حضرة السيد عمر حسين الخشاب وفقه الله للخيرات وألهمه
الصواب وذلك بالمطبعة العامرة الخيريه ذات الطباعة الجميلة البهيه لمالكها
ومديرها السيد عمر حسين الخشاب المذكور ونجله النجيب المشكور
كان الله لهما وبلغهما فى الدارين آمالهما وذلك فى النصف الاول
من أول الربيعين من شهور سنة ألف وثلثمائة وسبعة
وعشرين من الهجرة النبويه على صاحبها
أفضل الصلاة وأزكى التحيه

﴿ فهرست الجزء الرابع من كتاب الهدايه ﴾

صحيفه		صحيفه	
١	(كتاب المأذون)	٤٦	(كتاب المساقاة)
٨	فصل (واذا أذن ولى الصبى للصبى فى التجارة الخ	٤٩	(كتاب الذبائح)
٨	(كتاب الغصب)	٥٣	فصل فيما يحل أكله ومالا يحل
١٠	فصل فيما يتغير بفعل الغاصب	٥٥	(كتاب الاضحيه)
١٣	فصل ومن غصب عينا فغيبها الخ	٦٢	(كتاب الكراهيه)
١٥	فصل فى غصب مالا يتقوم	٦٢	فصل فى الاكل والشرب
١٨	(كتاب الشفعة)	٦٤	فصل فى اللبس
٢٠	باب طلب الشفعة والخصومه فيها	٦٦	فصل فى الوطء والنظر واللمس
٢٣	فصل فى مسائل الاختلاف	٧٠	فصل فى الاستبراء وغيره
٢٤	فصل فيما يؤخذ به المشفوع	٧٣	فصل فى البيع
٢٥	فصل واذا بنى المشترى فيها اوغرس الخ	٧٦	مسائل متفرقة
٢٦	باب ماتجب فيه الشفعة ومالا تجب	٧٨	(كتاب احياء الموات)
٢٩	باب مايبطل به الشفعة	٨٣	فصل فى كرى الانهار
٣٠	فصل واذا باع دارا الامقدار ذراع منه الخ	٨٤	فصل فى الدعوى والاختلاف فيه
٣١	مسائل متفرقة	٨٦	(كتاب الاشربة)
٣٢	(كتاب القسمة)	٩١	فصل فى طبخ العصير
٣٤	فصل فيما يقسم ومالا يقسم	٩٢	(كتاب الصيد)
٣٦	فصل فى كيفية القسمة	٩٣	فصل فى الجوارح
٣٩	باب دعوى الغلط فى القسمة الخ	٩٧	فصل فى الرمى
٣٩	فصل واذا استحق بعض نصيب احدهم بعينه	١٠١	(كتاب الرهن)
٤٠	فصل فى المهايأة	١٠٩	باب مايجوز ارتهانه والارتهان به الخ
٤٢	(كتاب المزارعة)	١١٢	فصل ومن رهن عبدا بالف الخ
		١١٤	باب الرهن يوضع على يد العدل
		١١٧	باب التصرف فى الرهن والجناية عليه الخ

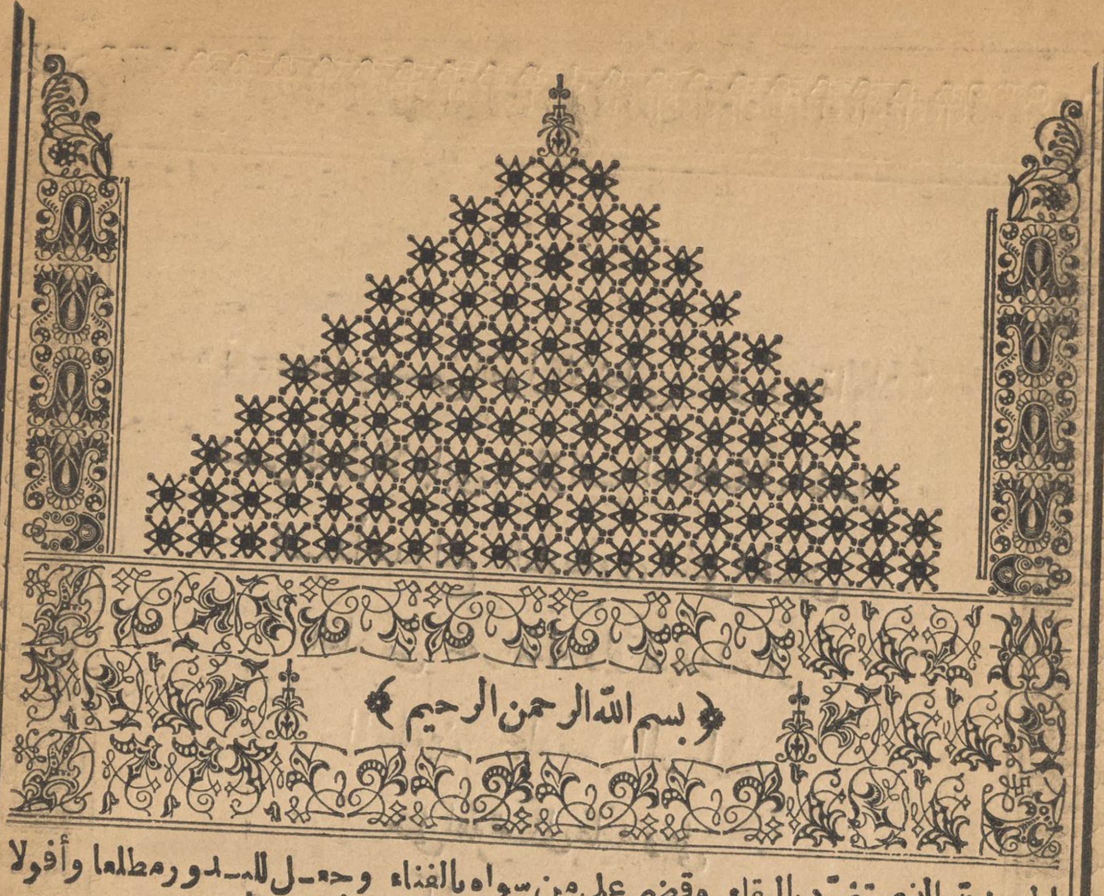
صحيفة	
١٢٥	فصل ومن رهن عصيرا الخ
١٢٨	(كتاب الجنايات)
١٢٩	باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه
١٣٣	فصل ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم أن يقتلوه
١٣٤	باب القصاص فيما دون النفس
١٣٥	فصل واذا اصطلح القاتل الخ
١٣٧	فصل ومن قطع يد رجل خطأ الخ
١٤١	باب الشهادة فى القتل
١٤٢	باب فى اعتبار حالة القتل
١٤٣	(كتاب الديات)
١٤٥	فصل فيما دون النفس
١٤٧	فصل فى الشجاج
١٤٩	فصل وفى أصابع اليد نصف الدية
١٥٣	فصل فى الجنين
١٥٤	باب ما يحدث الرجل فى الطريق
١٥٨	فصل فى الحائط المائل
١٦٠	باب جناية البهيمة والجناية عليها
١٦٥	باب جناية المملوك والجناية عليه
١٧٠	فصل ومن قتل عبدا خطأ الخ
١٧٣	فصل فى جناية المدبر وأم الولد
١٧٤	باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنايه فى ذلك
١٧٦	باب القسامة
١٨٣	(كتاب المعاقل)
١٨٨	كتاب الوصايا * باب فى صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه
١٩٣	باب الوصية بثلث المال
١٩٩	فصل فى اعتبار حالة الوصية الخ
٢٠٠	باب العتق فى مرض الموت
٢٠٢	فصل ومن أوصى بوصايا الخ
٢٠٣	باب الوصية للاقارب وغيرهم
٢٠٦	باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة
٢٠٩	باب وصية الذمى
٢١٠	باب الوصى وما يملكه
٢١٦	فصل فى الشهادة
٢١٧	(كتاب الخنثى) * فصل فى بيانه
٢١٧	فصل فى أحكامه
٢١٩	مسائل شتى

(تمت)



هذا كتاب يسمى القول الايجابى في ترجمة العلامة
شمس الدين الانبابى لمؤلفه العلامة الفاضل
السيد أحمد رافع الطهطاوى الحنفى الحسينى
القاسمى غفر الله له ولوالديه ولسائر
المسلمين بجاه سيد المرسلين
صلى الله تعالى عليه وعلى
آله وصحبه وسلم
آمين





الحمد لله الذى تفرد بالبقاء وقضى على من سواه بالفناء وجعل للبدور مطلعا وأفولا وقدر لكل راق مهما صعد نزولا والصلاة والسلام على حبيبه الذى قربه الى حضرته العلية واصطفاه سيدنا محمد بن عبد الله وعلى آله كنوز أسراره وأصحابه حملة شرعه وأخباره

(أما بعد) فيقول الفقير الى الله عز شأنه أحمد رافع الحسينى القاسمى الحنفى الطهطاوى لما كان العلماء ورثة الانبياء كانوا حقيقة كنجوم سماء بأنوارهم نهتدى وبمآثرهم نقتدى ولذا صار من أهم الواجبات ايداع سيرهم الغراء فى مؤلفات بها ترى الاجيال الخالفه ماكان عليه أئمتهم السالفه ليحذوا حذوهم عن مثال ويتمسكوا بآدابهم المؤدية بأسانيدهم للاتصال وأحق الناس بتخليد المآثر تذكرة للاوائل والاواخر من سار فيها شوطا بعيدا وقصر عليها نفيس حياته الى أن قضى نحبه مشكورا حميدا فلا غرو اذا انتدب الفقير يراع التحرير والتحبير لتأليف هذه الرساله بل العجاله ترجمة لحياة فقيد الانام وفخر العلماء الاعلام وشيخ مشايخ الاسلام الامام الشهير والاستاذ الكبير شيخنا واستاذنا الهمام العلامة شمس الدين (الشيخ محمد الانبابى) المصرى الازهرى الشافعى طيب الله تعالى ثراه وأكرم بمنه فى النعيم مثواه ولوان دهشة المصاب الذى استطارت له الالباب لم تدع للذاكرة استعدادا للمقال ولا اقتدارا على اقتحام هذا المجال

لكن ماجميعه لايدرك * فبعضه الميسور ليس يترك

ولذا غالبت ما ألم وعمدت الى ذلك على مابى من الأسى والألم مستعينا بالله سبحانه وتعالى فى توفيق القلم الى جمع هذه الرسالة التى اشتملت على بعض فضائل هذا المفرد العلم مرتبة على ثلاثة فصول آملا إلهاما من الله تعالى حظوة القبول

(الفصل الاول) فى ترجمة حياته وبيان مآثره ومؤلفاته

(الفصل الثانى) فى ذكر بعض ما عثرت عليه من رقائق التهانى وغرر المدائح التى قدمت أثناء حياته اليه

(الفصل الثالث) فى ذكر منتخبات المراثى التى رثى بها رحمه الله تعالى وأفاض على جدثه غيث الرضوان ووالى

وقد سميتها (القول الايجابى فى ترجمة العلامة شمس الدين الانبابى)

وما توفيقى الا بالله عليه توكلت واليه أنيب

الفصل الاول

(فى ترجمة حياته وبيان مآثره ومؤلفاته)

هو البحر الزاخر وشيخ الاوائل من علماء هذا العصر والاواخر شافعى زمانه وامام أوانه الالمعى الاوحد واللوذعى المفرد سعد التحقيق وسيد التدقيق روض الفضل الاعطر وبدره المنير الازهر مجدد الملكات والافهام ومبدد الغلطات والاوهام علامة المعقول والمنقول وفهامة الفروع والاصول الجامع بين فضيلتى العلم والعمل الذى صار عقد تأليفه (نظما على جل المهمات اشتمل) شيخ الاسلام وتاج الانام العلامة شمس الدين (محمد الانبابى) المصرى الشافعى الازهرى ابن المرحوم الكامل التقى والصالح الورع النقى الحاج محمد الانبابى المصرى التاجر الشهير ابن المرحوم الحاج حسين الانبابى أفاض الله تعالى عليهم جميعا سحائب رحمته ورضوانه وأسكنهم فسيح جنانه

(والانبابى) نسبة الى أنبابة بفتح الهمزة كما يقتضيه اطلاق صاحب القاموس ونص عليه الصاغانى خلافا لما ذكره صاحب الخطط الجديدة التوفيقية من انها بالكسر وهى بلدة فى شمال الجيزة على الشاطئ الغربى للنيل كستها نسبة الاستاذ المترجم بهاء حلة السعود وأطلعت بين البلدان شمسها فى الوجود وقد ولد بها المرحوم والده ثم وفد الى القاهرة ونشأ بها مباشرا للاعمال التجارية حتى صار من أعظم تجارها وأعيانها متحليا بالصلاح والتقوى متمسكا من الامانة بعروتها الوثقى

تاريخ ولادته وكيفية نشأته رحمه الله

ولد الاستاذ صاحب الترجمة رحمه الله تعالى بمصر القاهرة سنة الاربعين من القرن الثالث عشر من الهجرة النبويه على صاحبها أفضل الصلاة وأتم السلام والتحيه

وقد نشأ بها فى كفالة المرحوم والده الذى اجتهد فى كمال تربيته حتى كان كريم النشأة سعيد الطالع مبارك المحيا فاشتغل أولا بتعلم القراءة والكتابة وحفظ القرآن الشريف ثم أخذ عقب ذلك فى حفظ المتون العلمية الشهيرة المتداولة بالجامع الازهر حتى أتى على مجموعها بل جميعها جريا على العادة المتبعة فى ابتداء طلب العلم ليكون حفظ الطالب فى صغره قواعد الفنون التى يشتغل بتعلمها فيما بعد أكبر مساعد على تقوية ذاكرته وأهم الاسباب المؤدية الى تنمية فطنته وتنوير مدركته وما زالت هذه العادة الحميدة ماألوفة متبعة من قديم الزمن الى هذا العصر فى الجامع الازهر المنير وأمثاله ببقية المدن الشهيرة وغيرها من بلدان القطر المصرى وغيره

ابتداء تلقيه العلم بالجامع الازهر

وفى سنة (١٢٥٣) شرع طيب الله ثراه فى طلب العلوم وتحصيل الفنون بالجامع الازهر متلقيا على أفاضل علمائه المحققين وأكابر فضلائه المدققين الذين كانوا فى سمائه شموس فضل بأنوارهم يهتدى وبدور علم بآثارهم يقتدى كالاساتذة الاعلام الشيخ ابراهيم الباجورى والشيخ مصطفى البولاقى والشيخ محمد عبد القدوس القليبى مقرئ العلامة القويسنى والجهابذة الكرام الشيخ ابراهيم السقاء وشيخ الاسلام السيد الشيخ مصطفى العروسى والسيد مصطفى الذهبى والشيخ مصطفى المبلط والشيخ حسن البلتانى والشيخ محمد عليش وأضرابهم من الاجلاء الاماثل والفحول الفطاحل وقد جد فى الطلب وصمم العزم لادراك الارب فواصل فى الاشتغال ليله بنهاره منصبا على المطالعه مكبا على التنقيب والمراجعه كلفا بتقييد الشوارد مولعا بتعليق فرائد الفوائد حريصا على اقتناء نفائس العلوم واقتناص غرائبها ومسامرة أبكارها وكواعبها بقريحة لا تعرف الكلال وعزيمة لا يعتريها فتور ولا ملال ولم يزل ذلك له دأبا وديدنا حتى برع وفاق وذاع صيته فى الآفاق وأحرز قصب السبق فى كل ميدان وعلا شأنه على جميع الاقران وأشار اليه أساتذته الاعلام بأطراف البنان وكان خير وارث لهم فى مناهج التعليم والسير على سننهم الطاهر القويم

امام غنته دوحة العلم يافعا * فظل بها فرداتميز عن ند
همام له فى كل فن دراية * تجل عن التعريف بالرسم والحد

اجازة العلماء له رحمه الله

وحينما أشرقت شمس علمه بالآفاق وأصبح غرة أقرانه على الاطلاق أجازه جماعة من أكابر أشياخه الذين انتفع بأسرارهم واقتبس من أنوارهم الاجازات العلمية التى شهدوا له فيها بوافر الفضل وعلو المكانة والنبل لينهج فى افادة العلوم لطلابها أحسن سنن وينتظم بصحيح مرسل درايته ورواياته فى عقد مسلسل الفضلاء الانتظام الحسن

(فمنهم) العلامة الكبير المحقق الشهير الشيخ ابراهيم الباجورى فانه قدس الله سره قد أجازه بما تجوز له روايته وأذن له فيما تصح عنه درايته من فروع وأصول ومنقول ومعقول حسبما تلقى عن شيخيه الامامين اللذين كانا كوكبى علم بلا مين (أحدهما) شيخ الاسلام السيد حسن القويسنى الذى تلقى على العلامة الاستاذ أبى هريرة داود بن محمد القلعى الذى أخذ العلم عن رجال صالحين كالشيخ أحمد السحيمى الذى أجازه بما حواه ثبت الاستاذ الشيخ عبد الله الشبراوى وكالشيخ أحمد الملوى والشيخ محمد الحفناوى والشيخ أحمد الدمنهورى والشيخ أحمد البجيرمى والشيخ حسن المدابغى وغيرهم (وثانيهما) العلامة الشيخ محمد الفضالى الذى تلقى على العلامة الامير الكبير وأجازه بما حواه ثبته الشهير وأخذ عن غيره من الائمة الاعلام والجهابذة الكرام

(ومنهم) العالم العلامه والدراكة الفهامه الذى سارت بفضائله الركبان الاستاذ الشيخ ابراهيم السقا فانه رحمه الله قد أجازه بما حواه ثبت العلامة الامير الكبير كما أجازه به العلامة الامير الصغير عن والده عن أشياخه الافاضل وأجازه بما حواه ثبتا العلامتين الشهاب أحمد الملوى والشهاب أحمد الجوهرى وبجميع المرويات لهما من المعقول والمنقول كتوحيد وتفسير وحديث وفقه ونحو وأصول كما هو مجاز بذلك من شيخه الاستاذ الشيخ ثعيلب عنهما عن شيوخهما الفضلاء الفحول المعول عليهم فى الفروع والاصول وأجازه بالكتب المأخوذة منها الاحاديث المشمولة لرسالة الفاضل عبد الله بن سالم البصرى مولدا المكى منشأ المشهورة برسالة الاوائل كما أجازه بذلك شيخه محمد بن محمود بن محمد بن حسين الجزائرى الحنفى عن شيخه الشيخ عبد القادر الامين مفتى المالكية بالجزائر المحمية عن شيخه الشهاب الجوهرى الشافعى عن الشيخ عبد الله بن سالم المذكور وكما أجازه بذلك أيضا شيخه الشيخ حسن القويسنى

عن الشيخ سليمان البجيرمى عن الشيخ محمد العشماوى عن الشيخ أبى العز العجمى عن الشيخ
محمد الشوبرى عن شمس الدين محمد الرملى عن شيخ الاسلام زكريا الانصارى عن الحافظ
أحمد بن حجر العسقلانى وأسانيده مذكورة فى أوائل كتابه فتح البارى بشرح صحيح البخارى
وكذا أجازه بما أجازه به مشايخه الفضلاء كالشيخ الفضالى والشيخ القويسنى والشيخ محمد بن
محمود الجزائرى السالف ذكرهم والشيخ محمد بن صالح البخارى المتلقى على شيخه رفيع الدين
القندهارى عن الشريف الادريسى عن الاستاذ عبد الله بن سالم قال المترجم رحمه الله وقد
من علينا الكريم البارى بالاجتماع بالشيخ محمد بن صالح البخارى وذلك فى منصرفه الى
الحج الشريف وأخذنا عنه بلا واسطة ومن جملة ما أخذنا عنه حديث الاولية المنيف فالحمد
لله على ما أولاه اه وهذا نص ما كتبه له الاستاذ السقا بخطه وأتبعه بختمه على ظاهر ثبت
العلامة الامير الكبير

بسم الله الرحمن الرحيم لك الحمد يارب على مرسل آلائك ومرفوعها ولك الشكر يا بر على
مسلسل نعمائك وموضوعها بحسن الانشاء وصحيح الخبر تجيز المستجيز وافر الهبات وتجيز
المستجيز واعر العقبات فيغدو موقوفا على مطالعة الاثر ما بين مؤتلف الفضل ومتفقه
ومختلف العدل ومفترقه جيد الفكر سليم الفطر يجتنى بمنتج قياسه شريف الفوائد
ويجتبى بمبهج اقتباسه شريق الفرائد ويحلى نفيس النفوس بعقود العقائد الغرر فان
صادفه مديد الامداد وصادقه مزيد الانجاد صفا مشربه الهنى ولا كدر ووجد درر
الجواهر وبانعمت الوجاده وبادر عند ذلك بالاستفادة والافاده وما منه أشر ولا بطر
فبذل المعروف وبدل المنكر اذ ليس عنده الاصحاح الجوهر ما اعتنى وما اقتنى غيرها عند
ما عثر لا يزور ولا يدلس ولا يطهر ولا يكلس ولا يعانى الشرر فيا من من على هذا المنقطع
الغريب ومنحه منحة المتصل القريب امنحنى السلام فى داره ونجنى من سقر ومنك صلات
الصلوات التامة العاليه ومسلسل التسليمات العامة الناميه على سيدنا وسندنا كعبة
القاصدين من أهل البدو والحضر ينبوع التشريعات ومجموع التشريفات المفضل على
المفضل على سائر الانواع نوع البشر تاج الرؤس وسراج النفوس المقتبس من نوره ضياء
الشمس ونور القمر (أما بعد) فلما كان الاسناد مزية عاليه وخصوصية لهذه الامة غاليه
دون الامم الخاليه اعتنى بطلبه الائمة النبلاء أصحاب النظر اذ الدعى غير المنسوب والقصى
غير المحسوب وسليم البصيرة غير أعشى الفكر وقد اقتدى بهم الهمام الكامل والامام
الفاضل جليل الآداب جميل السير المحقق اللوذعى والمدقق الالمعى ولد الفؤاد وانسان

عين البصر (الشيخ محمد الانبابي) بلغ آرابه وبلغت آرابي دنيا وأخرى بجاه خير البشر
فسألني أن أجيزه وان لم أكن أهلا فأجبته وقلت مرحبا وأهلا وأجزته كما أجازني من
غبر فبهذا الثبت عن سيدى محمد الامير عن والده الشيخ الكبير عن أشياخه كما فيه مسطر
وبثبتي الشيخين الملوى والجوهرى عن شيخنا ولى الله المقرب الاستاذ الاكبر ثعيلب عنهما
عن أشياخهما كما كتبه كل منهما وسطر وبجميع المرويات من منقولات ومعقولات
عمن ذكر وغيرهم من الاساتذة الكبر كشيخنا الشيخ محمد الجزائرى الحنفى وشيخنا الشيخ
حسن القويسنى صاحب السر الصفى وشيخنا الشيخ محمد الفضالى وأشياخ أخر ومن جملة
ما أجيزه به الكتب المثبتة أوائلها برسالة الشيخ عبد الله بن سالم البصرى وما حواه ثبته المعروف
عن شيخنا الجزائرى عن عمه وعن الشيخ الجوهرى كلاهما عن الشيخ عبد الله المذكور جوزى
المعروف وعن شيخنا ثعيلب عن شيخه الجوهرى عن الشيخ عبد الله المذكور صاحب السر
السرى عن مشايخه المذكورين بثبته رحم الله الجميع وأسكنهم أحسن مقر وختم لى
وللمستجيز وجميع الاخوان بالخاتمة الحسنى وبوأنا جميعا بفضله واحسانه المقر الاسنى وعفا
عما سلف منا وستر وغفر آمين كتبه ابراهيم السقاء الشافعى بالازهر

(ومنهم) الامام العارف التقى النقى والولى الجلى بقية السلف وقدوة الخلف الاستاذ
الشيخ مصطفى بن محمد المبلط فانه رحمه الله قد أجازه بما حواه ثبت العلامة الشيخ محمد بن على
الشنوانى عن أشياخه الموضح بهذا الثبت وبجميع مروياته أغدق الله عليه جزيل هباته
وقد كتب له على ظاهر الثبت المذكور بخطه المتبوع بختمه ما صورته

(بسم الله الرحمن الرحيم) حمدا لمن أنار سرائر العلماء فهم من خشيته مشفقون وصان بصائر
الاذكياء عن مشاهدة الأغيار فهم عن اللغو معرضون أطلعهم على أسرار توحيده فهم فى
صلاتهم خاشعون وأسمعهم أحاديث تمجيده فهم لأماناتهم وعهدهم راعون وصلاة وسلاما
على واسطة كل فضل وينبوعه وأساس كل مكون ومجموعه سيد من قام لله وبالله ودل على
الحق وأرشد وسند من علم وتعلم وأسس منار الهدى وشيد مظهر الشريعة وبرهان
الحقيقة سيدنا ومولانا محمد صلى الله تعالى وسلم عليه وعلى آله ما أجاز مجيز مجازا وما أسند
ذو سند الى جهابذة مشايخه حقيقة أو مجازا

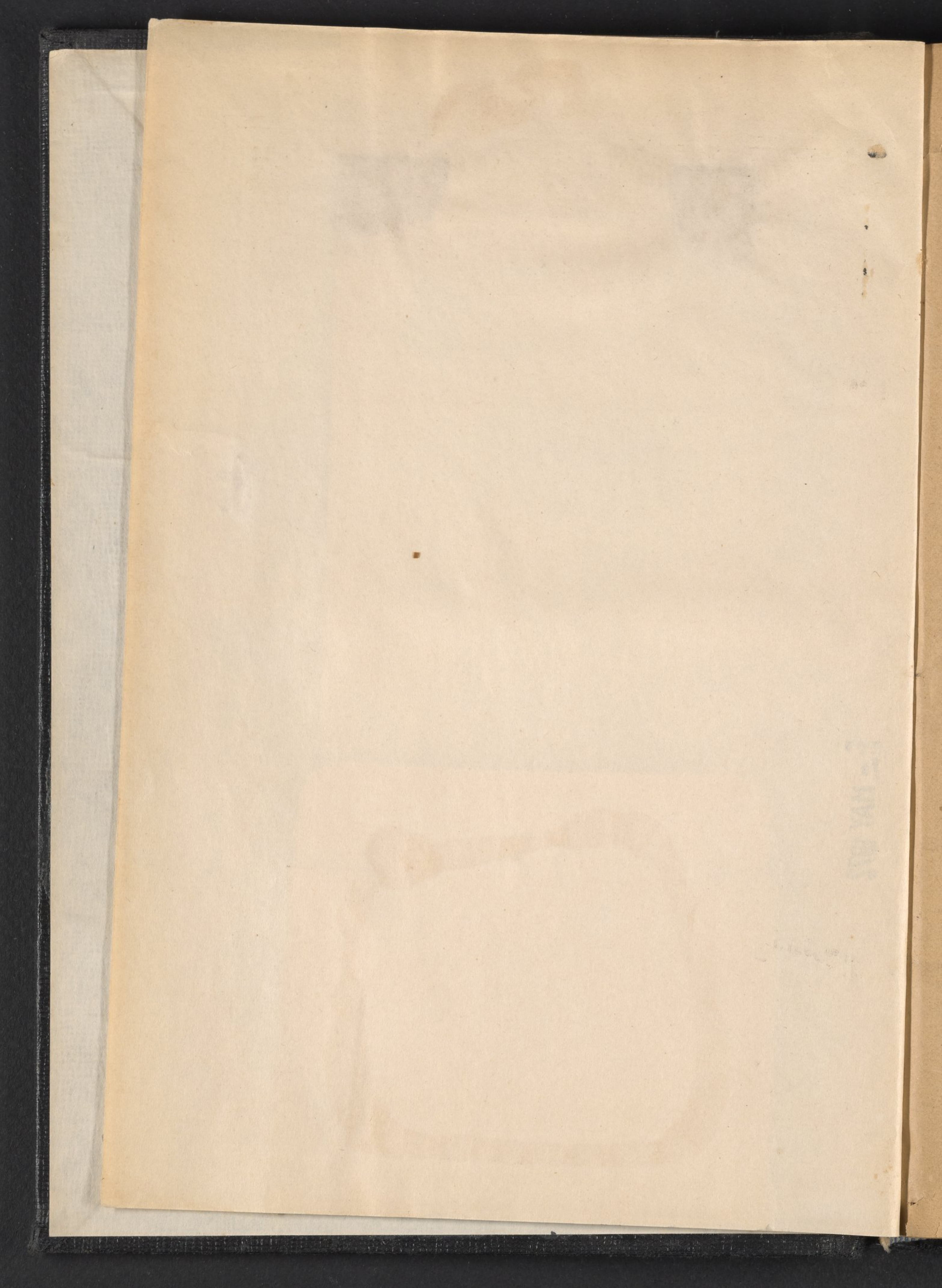
(أما بعد) فقد استجازنى المولى الفاضل المجمل بفرائد الفضائل والفواضل الذكى الألمعى
والأوحدى اللوذعى وقاد الذهن ونقاد المسائل (الشيخ محمد الانبابي) الشافعى مذهبا
الأحمدى طريقة نفعه الله ونفع به وجعله من أهل حزبه ابن سيدى محمد الانبابي الشافعى

مذهبا الاحمدى طريقة عليه سحائب الرحمة والرضوان ونفعنى والمسلمين ببركاته فقلت امتثالا لامره أجزت الفاضل المذكور ضاعف الله لنا وله الاجور بما حواه هذا الثبت من منقول ومعقول وماهو به مسطور وغير ذلك لانه أهل لذلك بل فوق ماهنالك وأجزته كما أنا مأذون ومجاز وان لم أكن أهلا لان أجيز ولا أن أجاز ولكن أردت أن أدخل فى زمرة قوله صلى الله تعالى عليه وسلم اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث وأسأله أن لا ينسانا ووالدينا ومشايخنا والمسلمين من دعائه المستطاب فان دعاء المحبين بالغيب مستجاب وأنا أسألك اللهم ياغياث المستغيثين وملجأ ذوى الفاقات الملهوفين ياأرحم الراحمين أن تجعلنى واياه من العلماء العاملين الصادقين المخلصين المقبولين بجاه سيد المرسلين آمين كتبه الفقير مصطفى المبلط الشافعى مذهبا الأحمدى طريقة ختم الله له ولاخوانه بصريح الايمان

(ومنهم) العلامة الامام الورع الزاهد صاحب العلوم اللدنية العارف السيد مصطفى الذهبى فانه رحمه الله قد أجازه بالكتب التى أخذت منها الأحاديث المشمولة لرسالة عبد الله بن سالم البصرى السابق ذكرها وذلك عن شيخه القويسنى عن السيد داود القلعى عن الشيخ أحمد بن جمعة البجيرمى عن الشيخ مصطفى الاسكندرانى الشهير بابن الصباغ عن الشيخ عبد الله بن سالم المذكور عن أشياخه المذكورين فى ثبته المشهور وكذا أجازه بجميع مروياته وسائر ما أخذه عن مشايخه من مقروآته

(ومنهم) ذو القدر الجليل الاوحد والنسب الشهير الامجد شيخ الاسلام ابن شيخ الاسلام ابن شيخ الاسلام الاستاذ السيد الشيخ مصطفى العروسى فانه رحمه الله قد أجازه بالكتب التى أخذت منها الاحاديث المشمولة للرسالة المذكورة وبغيرها كما هو مجاز فى ذلك من شيخه القويسنى عن السيد داود القلعى بسنده السابق وهذا ملخص ما كتبه له بخطه وأتبعه بختمه على ظاهر تلك الرسالة

بسم الله الرحمن الرحيم حمدا لمن وفق من أحبه وأرشد الى حفظ السنة من أراد قربه وصلاة وسلاما على سيدنا محمد ومن نحا نحوه (وبعد) فيقول العبد الفقير الى مولاه اللطيف الخبير مصطفى بن محمد العروسى الشافعى مذهبا الشاذلى عهدا الاحمدى طريقة انه سمع على ولدى الشاب الصالح النجيب الناجح الاريب اللوذعى والاديب الالمعى الاستاذ الكامل والفهامة الفاضل (الشيخ محمد الانبابى) الشافعى ابن المرحوم الحاج محمد الانبابى هذه الفهرست المشتملة على أوائل الكتب الستة وغيرها من كتب السنة وكان ذلك بمنزلى وسألنى ان أجيزه بها وبما اشتملت عليه وبجميع ما تجوز لى روايته فأجبته لذلك راجيا أن يسلك بى




10000121349

